

PRACTICAS COMERCIALES Y PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES (*)

JUAN JOSE MARIN LOPEZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. EL COMERCIO Y EL CONSUMO: SISTEMA DE RELACIONES JURIDICAS. II. LA REGULACION DE LAS PRACTICAS COMERCIALES EN LA PROPOSICION MODIFICADA DE LEY DE COMERCIO. 1. Consideraciones sistemáticas y disposiciones generales de Derecho privado. 2. La venta a domicilio. 3. La venta con descuento. 4. La venta con entrega aplazada. 5. La venta a plazos. 6. La venta a prueba y la venta a conformidad. 7. La venta a pérdida. 8. Las ventas promocionales: ventas en rebajas, ventas de saldos y ventas en liquidación. 9. La venta en pirámide y la venta multinivel. 10. Las ventas con obsequio. 11. Las ofertas conjuntas. 12. Las ofertas de venta directa. 13. Las ventas a distancia. 14. Los envíos no solicitados.

I. EL COMERCIO Y EL CONSUMO: SISTEMA DE RELACIONES JURIDICAS

1. El 20 de julio de 1993 la Mesa del Congreso de los Diputados admitió a trámite la Proposición de Ley de Comercio presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), actualmente en tramitación en las Cámaras legislativas con el nombre de Ley de Ordenación del

(*) El presente trabajo se enmarca en un proyecto de investigación sobre la protección de los consumidores en la regulación del comercio interior, subvencionado por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica del Ministerio de Educación y Ciencia (PS 94-0202) y dirigido por el Dr. Angel Carrasco Perera.

Comercio Minorista(1). El objeto de este trabajo consiste en estudiar la regulación que esa Proposición dedica a lo que convencionalmente podemos denominar prácticas comerciales o modalidades de venta, esto es, los diversos modos de que se valen los comerciantes minoristas para hacer llegar sus productos y servicios hasta los clientes potencialmente interesados en su adquisición(2). Esta realidad es tan vieja como el propio comercio minorista, pues desde siempre cualquier comerciante ha querido vender más que el competidor y ha utilizado para alcanzar esa finalidad todas las vías imaginables. Sin embargo, la preocupación por dotar a este sector de la actividad económica de una reglamentación propia data de tiempo relativamente reciente, motivada tanto por razones jurídicas como por condicionantes de tipo económico(3).

(1) El texto se encuentra publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie B, 26 de julio de 1993, núm. 10-1*. Con posterioridad, el Grupo Parlamentario Federal Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya presentó otra Proposición de Ley de Comercio Interior (*Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie B, 24 de septiembre de 1993, núm. 32-1*) que no superó el trámite de toma en consideración por parte de la Mesa de la Cámara.

(2) Conviene advertir desde ahora que no se hace cuestión sobre la denominación más apropiada que debe merecer la realidad que se pretende estudiar a lo largo de este trabajo. El art. 1.1 de la Proposición habla de "ventas especiales"; ese es también el *nomen* que se utiliza como rúbrica del Título III de la Proposición (arts. 36 ss.). La Exposición de motivos, en cambio, prefiere el de "nuevas modalidades de venta al público". En mi opinión, siempre que estemos de acuerdo en cuál es el objeto de nuestra atención, tal como se ha descrito en el texto, no parece que tenga demasiada importancia hablar de ventas especiales, prácticas comerciales o modalidades de venta.

(3) Entre las razones jurídicas se incluye destacadamente el mandato del art. 51.3 CE, que defiere al legislador ordinario la regulación del comercio interior a través de la oportuna ley. Antes de la Proposición de Ley de Comercio presentada por el Grupo Parlamentario catalán en junio de 1993, hubo varias tentativas de regular la materia. Así, J. F. BERMEJO ZOFIO, *Ley de Comercio Interior, 1980*, estudia un texto oficioso elaborado por el Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación en cumplimiento de un encargo realizado en 1976 por el Ministerio de Comercio (referencias en J. L. MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ / A. CALONGE VELAZQUEZ / J. C. LAGUNA DE PAZ / J. A. GARCIA DE COCA, *La proposición de Ley de Comercio, 1994*, pp. 39-40). Casi al final de sus días, el Gobierno de la UCD remitió al Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley General de Comercio Interior y de Defensa de la Competencia (*Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A, 25 de agosto de 1982, núm. 248-1, pp. 211 ss.*), cuya tramitación parlamentaria ni siquiera llegó a iniciarse, una vez disueltas las Cámaras y realizada la convocatoria de las elecciones generales (28 de octubre de 1982) que culminaron con el acceso al poder del PSOE. En fin, C. FERNANDEZ-NOVOA, "La venta con regalo desde la perspectiva del Mercado Común", *ADI 9* (1983), p. 239, nota 37, y M. BOTANA AGRA, "Disciplina de la competencia desleal y regulación de determinadas prácticas comerciales en España", *ADI 9* (1983), p. 490, dan noticia de un Anteproyecto de Ley de Comercio Interior publicado por la revista *Dinero*, núm. 53, 13 de octubre de 1983, de cuya suerte nunca se supo.

El alcance de este trabajo, conviene advertirlo desde su inicio, está doblemente condicionado. En primer lugar, por la actual situación de inestabilidad política que atraviesa el país, que hace difícilmente previsible si la Proposición, no obstante las declaraciones de los responsables políticos en ese sentido, llegará o no a convertirse en Ley en el curso de esta V Legislatura(4). En segundo lugar, por el propio carácter prelegislativo del texto objeto de estudio, que, como consecuencia de la tramitación parlamentaria, puede padecer modificaciones más o menos intensas que lo alejen de la Proposición que está en su origen. De hecho, tras sucesivas y agotadoras prórrogas del plazo reglamentariamente previsto al efecto, los Grupos Parlamentarios han presentado cerca de quinientas enmiendas al texto inicial de la Proposición, lo que es revelador de que su paso por las Cámaras suscitará bastante controversia y debate(5).

En el plano económico, el renovado interés por la situación y prácticas del comercio minorista se debe a los formidables cambios experimentados en los últimos quince años en el sector de la distribución comercial española a causa de múltiples factores: modificación de los hábitos de compra de los consumidores, aparición de grandes concentraciones comerciales, perfeccionamiento de las técnicas de marketing, mayor competitividad entre los empresarios, incorporación de la mujer al mundo del trabajo, absoluta liberalización de horarios comerciales desde mayo de 1985, etc.... Sobre todo lo anterior es muy útil para el jurista la lectura de J. CASARES (comp.)/J. BRIZ/ A. REBOLLO/P. MUÑOZ, *La economía de la distribución comercial*, 1987.

(4) Los medios de comunicación social se han hecho eco, al hilo del debate sobre el estado de la Nación celebrado el pasado mes de febrero del año en curso, de la voluntad del Gobierno socialista de acelerar la tramitación de varios proyectos legislativos. Entre ellos, el de la Ley de Comercio propuesta por el Grupo Parlamentario Catalán. Las enmiendas presentadas a la Proposición, a las que se aludirá en breve, acreditan sobradamente la existencia de conversaciones y pactos previos entre el Grupo Parlamentario mayoritario (el socialista) y el Grupo proponente en orden a agilizar al máximo la tramitación parlamentaria del texto. Con todo, no es descartable que una disolución anticipada de las Cortes Generales dé al traste con esta previsión.

Por otra parte, en la *Presentación* del número monográfico sobre "Comercio interior: regulación y estrategias empresariales", publicado por la revista *Información Comercial Española*, número 739, correspondiente al mes de marzo del año en curso, el Ministro de Comercio don Javier Gómez-Navarro subraya el interés del Gobierno por la aprobación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (p. 33).

(5) Las enmiendas pueden consultarse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie B, 11 de octubre de 1994, núm. 10-14. Las enmiendas núm. 146 (Grupo socialista) y 406 (Grupo catalán) proponen el cambio de denominación del texto, de tal modo que se pasa de Ley de Comercio a Ley de Ordenación del Comercio Minorista. La lectura global de las enmiendas pone de manifiesto la existencia de abundantes acuerdos entre el Grupo Parlamentario socialista y el catalán, pues las de uno y otro Grupo coinciden en la mayor parte de los casos de modo absolutamente literal (compárense las enmiendas 147 a 226, del Grupo socialista,

2. Fuera de estas contingencias, la presencia en un número monográfico consagrado al comercio interior de un estudio sobre las ventas especiales, enfocado además fundamentalmente desde la perspectiva de la protección de los intereses económicos de los consumidores (compradores), encuentra una fácil explicación atendido el contexto constitucional en que se debe afrontar la reglamentación del comercio interior. En efecto, según el art. 51.3 CE, la ley regulará el comercio interior "en el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores", esto es, de los apartados primero y segundo del art. 51 CE, que encomiendan a los poderes públicos la adopción de medidas que garanticen "la defensa de los consumidores y usuarios" y sus "legítimos intereses económicos", así como la promoción de "la información y la educación de los consumidores y usuarios" y el fomento de sus "organizaciones". Esta ilazón entre comercio y consumo, plasmada al más alto nivel normativo, pone de relieve que el constituyente quiso vincular la Ley de Comercio a la protección de los consumidores(6).

Pero la interrelación entre comercio y consumo se produce en un doble sentido. No es sólo que la legislación ordenadora del comercio interior deba ser elaborada "en el marco" de una política de protección de los consumidores, sino que también la normativa específica para la defensa de los consumidores ha sido dictada teniendo en cuenta, siquiera fuera como elemento por venir, la reglamentación sobre comercio interior. En efecto, diversos preceptos de la Ley estatal 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU) demuestran que cuando se legisla en materia de consumo es inevitable tomar en consideración la reglamentación del

con las 406 a 488, del Grupo catalán), además de afectar a casi todos los artículos de la Proposición inicialmente presentada en el Congreso de los Diputados. Ello permite afirmar, como ya han hecho algunos autores (v. J. L. MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ / A. CALONGE VELAZQUEZ / J. C. LAGUNA DE PAZ / J. A. GARCIA DE COCA, *La proposición de Ley de Comercio*, cit., pp. 2 ss.; G. ARIÑO ORTIZ, *Principios constitucionales de la libertad de empresa*, 1995, p. 14), que realmente nos encontramos, tras las enmiendas, ante una nueva Proposición de Ley. A ella se aludirá en este trabajo como versión modificada de la Proposición, para diferenciarla claramente de la presentada por el Grupo Parlamentario catalán.

(6) En este sentido, haciéndose eco de una opinión generalizada, J. TORNOS MAS, "Ordenación constitucional del comercio", *Estudios homenaje García de Enterría*, V (1991), pp. 4123-4124. Con una orientación más crítica, por las consecuencias reductoras que determinada interpretación de las relaciones entre protección de los consumidores y comercio interior implica para las competencias autonómicas, A. FONT I RIBAS, "Liquidacions a preu de saldo: las rebaixes liquidades", *RJC* 1987, p. 711.

comercio interior o, más precisamente, de las prácticas comerciales utilizadas por los minoristas. Así:

— El art. 5.2.d) LCU parte de la prohibición de la “venta a domicilio” de bebidas y alimentos, sin perjuicio del reparto, distribución o suministro de los adquiridos o encargados por los consumidores en establecimientos comerciales autorizados para la venta al público, si bien remite a la vía reglamentaria la regulación del régimen de autorización de “ventas directas a domicilio” que vengán siendo tradicionalmente practicadas en determinadas zonas del territorio nacional. Mas la LCU no señala los rasgos tipológicos de la “venta a domicilio”, que quedan pendientes de una ulterior intervención normativa.

— El art. 5.2.e) LCU ordena, como garantía de la salud y seguridad de las personas, que se vigile el cumplimiento de las disposiciones que establezcan las Corporaciones locales o, en su caso, las Comunidades Autónomas sobre los casos, modalidades y condiciones en que podrá efectuarse la “venta ambulante” de bebidas y alimentos. La determinación de las características de esta modalidad de venta no se hace sin embargo en la LCU.

— El art. 7 LCU reclama la aplicación de, entre otras, las “normas [...] que regulan el comercio [...] interior” en lo que concierne al respeto de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios. La Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1989, de 26 de enero, consideró que este art. 7 LCU no era de aplicación directa a las Comunidades Autónomas que hubieran asumido competencia plena sobre defensa de los consumidores y usuarios, en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía. Pero, por un triple orden de razones, esta declaración no desvirtúa la mutua relación entre la normativa sobre comercio interior y la dictada en defensa del consumidor y usuario. En primer lugar, porque la propia Sentencia 15/1989 reconoce, como no podía ser de otro modo a la vista del contexto en que se produce la remisión *ex art. 51.3 CE* a la ley de comercio interior, que el art. 7 LCU es “materialmente constitucional”, o sea, que no resulta inconstitucional entrecruzar las normas de consumo y las de comercio para articular la protección (constitucionalmente debida) de los intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios. En segundo lugar, porque son muchos los Estatutos de Autonomía que, haciendo un implícito reconocimiento de la íntima relación entre comercio interior y protección de los consumidores y usuarios, asumen simultáneamente y en un mismo precepto la competencia sobre una y otra materia. Y finalmente, en tercer lugar, porque todas las normas autonómicas en materia de comercio interior contienen una reglamentación más o

menos amplia de las prácticas comerciales o modalidades de venta, lo que demuestra que, pese a la inaplicabilidad del art. 7 LCU en las Comunidades Autónomas con competencia exclusiva en materia de protección de consumidores (que por lo demás son prácticamente las mismas que la tienen en materia de comercio interior), todas ellas reconocen la íntima conexión entre ambos sectores del ordenamiento.

— El art. 9 LCU remite a una “regulación específica” la determinación de los casos, forma, garantías y efectos consecuentes a la utilización de “concursos, sorteos, regalos, vales premio o similares, como métodos vinculados a la oferta, promoción o venta de determinados bienes, productos o servicios”. Esa regulación específica puede acometerse en la ley ordenadora del comercio interior.

— En fin, el art. 10.1.c).2º LCU tilda de abusiva la cláusula incluida en condiciones generales de los contratos que otorga a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, aunque con la salvedad de las reconocidas al comprador “en las modalidades de venta por correo, a domicilio o por muestrario”. Dado que en el momento de redactarse la LCU no existía, en el ámbito estatal, una singular reglamentación de estas clases de venta, es evidente que la LCU posponía a una ley posterior la previsión de un régimen específico para estas prácticas comerciales. Esa ley, nuevamente, podría ser la de comercio interior.

3. La Proposición de Ley de Ordenación del Comercio Minorista dedica algunas reglas a las relaciones de distribución comercial que se traban entre mayoristas y minoristas (p.ej., el régimen de pagos a los proveedores contenido en el art. 18 de la versión modificada). También se ocupa de otros asuntos afectantes al ejercicio del comercio, tales como la instalación de grandes establecimientos comerciales (arts. 6 y 7 de la versión modificada) o los horarios comerciales (art. 16 y Disposición transitoria única de la versión modificada). Sin embargo, la ley propuesta por el Grupo Parlamentario catalán es ante todo una ley del *comercio minorista*, entendiendo por tal “aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los *destinatarios finales* de los mismos, utilizando, o no, un establecimiento” (art. 1.2 de la versión modificada).

La definición plantea algunos interrogantes, en lo que toca a la conceptualización del comerciante, que sería conveniente que se resolvieran en el propio texto de la Ley(7). Mas, en lo referido a la articulación

(7) Sobresalen dos de ellas. En primer lugar, la limitada perspectiva de que adolece la definición, que se refiere únicamente a la actividad de los minoristas consistente en ofertar “la venta” de cualquier clase de artículos, descuidando lo que se refiere a la

del nuevo texto con la legislación protectora de los consumidores y usuarios, parece evidente que la locución "destinatarios finales" debe ser interpretada a la luz de los apartados segundo y tercero del art. 1 LCU, de tal modo que, en el esquema que traza la Proposición, los que adquieren un bien de un comerciante minorista o reciben de él la prestación de servicios son por definición *consumidores*(8). Lo que permite

prestación de servicios. La motivación de la enmienda núm. 219, del Grupo socialista (coincidente con la núm. 480, del Grupo catalán), confirma que "no es objeto de la ley regular los contratos de servicios", y esa es la razón por la que se utiliza el cauce excepcional y anómalo de una Disposición adicional para "transponer las disposiciones de la Directiva comunitaria sobre ventas a distancia que se refiere a contratos de prestación de servicios". A mi juicio, no hay ninguna razón sólida para dejar al margen de la ley que debe desarrollar el art. 51.3 CE la reglamentación del sistema de distribución comercial de la prestación de servicios.

La segunda apreciación crítica que cabe hacer a la definición del comercio minorista afecta al "ánimo de lucro" que, según el art. 1.2 de la versión modificada, tiene que presentar la actividad desplegada por el comerciante. Sin embargo, hay entidades caracterizadamente no lucrativas que pueden llevar a cabo actividades comerciales. Así ocurre, por poner un ejemplo legislativo reciente, con las fundaciones, a las que está permitido realizar "directamente actividades mercantiles o industriales" (art. 23.6 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General), sin que por ello pierdan su privilegiado régimen fiscal (a menos que la actividad mercantil sea la "principal" de las realizadas: art. 42.2 Ley 30/1994). La exigencia de ánimo de lucro plantea el problema de saber si la regulación de las modalidades de venta que se contiene en la Proposición de Ley de Ordenación del Comercio Minorista se aplica o no a las operaciones concertadas por las entidades no lucrativas.

(8) El primer autor que hizo pivotar la definición legal de "consumidor" sobre su consideración de "destinatario final" del producto o servicio fue, según creo, A. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, "Ambito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en A. BERCOVITZ/R. BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987, pp. 136-137 [= *Est.Cons.* 3 (1984), pp. 11 ss.]. Su construcción, bien elaborada, ha encontrado el pleno acogimiento de la doctrina española.

Con todo, en el Derecho de la CEE se aprecia una tendencia que, de ser asumida en su integridad por el ordenamiento jurídico interno llegada la hora de incorporar las correspondientes Directivas, se traducirá en una reducción del concepto de "consumidor". En efecto, son múltiples las manifestaciones legislativas que reservan el concepto de consumidor a las personas físicas, con exclusión de las jurídicas (no lucrativas) y de las uniones sin personalidad (p.ej., las comunidades de vecinos). Así se desprende del art. 2 de la Directiva 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negocios fuera de los establecimientos comerciales, del art. 1.2.a) de la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1987, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, modificada por la Directiva 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990, del art. 2.b) de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, del art. 2, último apartado, de la Directiva 94/47/CEE, de 26 de octubre de

concluir que las ventas especiales que regula la Proposición no son sino operaciones concertadas con consumidores, quienes lógicamente pueden recabar, en aquello que les sea de utilidad, la aplicación de la propia LCU. Porque en última instancia, la regulación en la Proposición de las modalidades de venta responde al mismo designio de política legislativa que la legislación de consumo: la protección del adquirente, a quien se supone en una posición más inferior que el comerciante(9).

4. La Ley de Comercio se inserta en contexto normativo muy complejo en el que conviven normas de muy diversa procedencia e inspiración que tienen en común la regulación del mercado y de las actividades mercantiles. En efecto, la mencionada Ley viene a sumarse a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, a la Ley General de Publicidad, a la Ley de Defensa de la Competencia y a la Ley de Competencia Desleal(10). A esta normativa de procedencia

1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, y del art. 2 de la Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia. Manifiestan, sin embargo, una mayor amplitud, las definiciones ofrecidas por el art. 2.4 de la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, y el apartado II.1.4) de la Recomendación de la Comisión de 8 de diciembre de 1987, sobre un código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico y relaciones entre organismos financieros, comerciantes-prestadores de servicios y consumidores.

En el Derecho interno, en ocasiones se sigue la definición de la LCU (cfr. art. 1.1 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, y art. 1.1 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas), aunque en otras se adopta la versión más restrictiva que está generalizada en el Derecho de la CEE (cfr. art. 1.2 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo).

(9) La Exposición de Motivos de la versión modificada afirma que "resulta imprescindible no demorar el establecimiento del régimen jurídico de las nuevas modalidades de venta al público, que, por su carácter de materia mercantil, se encuentran entregadas actualmente al principio de libertad contractual, del que, en no pocas ocasiones, resultan notorios abusos en perjuicio de los adquirentes, situación que interesa corregir mediante la promulgación de normas imperativas y una eficaz intervención de las Administraciones Públicas".

(10) Sobre la forzada y poco pacífica 'convivencia' entre la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal se han emitido múltiples y contradictorias opiniones en la doctrina mercantilista. Un resumen de este debate, suficiente a nuestros efectos, en F. VICENT CHULIA, "Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal", *RGD* 589-590 (1993), pp. 992 ss. Y para el caso concreto de la publicidad comparativa, E. DIAZ RUIZ, "Competencia desleal a través de la publicidad comparativa", *RDM* 215 (1995), pp. 92 ss.

estatal hay que añadir las leyes sobre comercio interior que, en uso de sus competencias, han aprobado algunas Comunidades Autónomas(11). Ante tamaña inflación normativa, es legítimo cuestionarse acerca de la propia necesidad o utilidad de la Ley de Comercio.

La Proposición corre el riesgo de que las circunstancias que han rodeado su nacimiento terminen por hacer de ella un instrumento poco prometedor. Ciertamente, el planteamiento ideológico que subyace a la Proposición, que se presenta como una reacción por vía legal a las pretensiones que los pequeños y medianos comerciantes no han visto satisfechas por vía judicial, convierte al texto en blanco de muchas críticas. La mayoría de ellas acertadas, pues hay que convenir que es muy verosímil que el constituyente no previera para la ley de comercio interior que auspiciaba en el art. 51.3 CE el texto que en la actualidad se está tramitando con ese nombre. La batalla sobre los horarios comerciales no es más que la punta de lanza de un conflicto de dimensiones de mayor alcance en el que no sólo está en juego el mantenimiento del *status* del sistema tradicional de distribución comercial minorista o su sustitución más o menos traumática por un nuevo modelo, sino también otras consideraciones tales como la configuración urbanística de las ciudades, la especialización de los comerciantes o la recolocación laboral de los minoristas tradicionales que se vean obligados a abandonar su actividad.

(11) En concreto, las Comunidades Autónomas con normativa propia sobre comercio interior son las siguientes:

- *País Vasco*: Ley 10/1983, de 19 de mayo, de Ordenación de la Actividad Comercial, modificada por la Ley 3/1986, de 19 de febrero, y desarrollada en un aspecto concreto por el Decreto 130/1986, de 3 de junio, sobre la venta con rebajas.

- *Cataluña*: Ley 1/1983, de 18 de febrero, de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales, y Ley 23/1991, de 29 de noviembre, de Comercio Interior. Una y otra han sido refundidas en el Decreto Legislativo 1/1993, de 9 de marzo.

- *Galicia*: Ley 10/1988, de 20 de julio, de Ordenación del Comercio Interior de Galicia.

- *Andalucía*: Ley 9/1988, de 25 de noviembre, del Comercio Ambulante.

- *Comunidad Valenciana*: Ley 8/1986, de 29 de diciembre, de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales, desarrollada por el Decreto 50/1988, de 12 de abril, por el que se regula la venta fuera de establecimiento comercial, en su modalidad de venta domiciliaria; el Decreto 175/1989, de 24 de noviembre, sobre venta fuera de establecimiento comercial en su modalidad de venta no sedentaria; y el Decreto 11/1995, de 10 de enero, por el que se regula la actividad de prestación de servicios a domicilio.

- *Aragón*: Ley 9/1989, de 5 de octubre, de Ordenación de la Actividad Comercial.

- *Canarias*: Ley 4/1994, de 25 de abril, de Ordenación de la Actividad Comercial.

- *Navarra*: Ley Foral 13/1989, de 3 de julio, de regulación del Comercio no sedentario.

Con todo, desde la perspectiva de este trabajo, la Proposición modificada no es merecedera de graves críticas. La regulación de las prácticas comerciales se hace siguiendo muy de cerca las experiencias del Derecho comparado, particularmente del Derecho francés, y las reglas ya consagradas por las leyes de comercio interior de las Comunidades Autónomas. La Proposición presenta la ventaja de dotar por primera vez de un régimen jurídico a las prácticas comerciales más extendidas en nuestro país. Es posible que la regulación reciba la censura de quienes consideran que por encima de todo se encuentra el eficiente funcionamiento del mercado de la distribución minorista y que, por lo tanto, cualquier medida protectora origina costes intolerables que redundan en una pérdida de competencia entre los agentes minoristas y, en última instancia, en una disminución del bienestar de los compradores, que se verían sin duda beneficiados con un incremento de competencia que no contara con el lastre que supone la necesidad de respetar normas protectoras. A mi parecer, en cambio, las cosas no son siempre así. La disciplina del mercado pasa por el establecimiento de unas reglas, por mínimas que sean, de funcionamiento que han de ser respetadas por todos los que intervienen en él, cada uno en su respectiva posición. Dentro de esas reglas, el art. 51.1 CE exige que haya algunas específicamente consagradas a tutelar la posición de los consumidores. La configuración del mercado desde la premisa de libertad que instaura el art. 38 CE tiene que convivir con el establecimiento de normas protectoras de los intereses económicos de los consumidores, respaldadas por el art. 51.1 de la propia Constitución. En el plano estrictamente constitucional, el art. 38 CE no obliga a descartar por ineficiente toda norma tuitiva de los consumidores, sino sólo aquella que suponga una intromisión intolerable, por desproporcionada, en la libertad de empresa y en la libre competencia. En este plano de los principios no parece que, sin salirse de la Constitución, pueda llegarse a una solución diferente.

Por otra parte, la pluralidad de normativas que inciden sobre las relaciones de mercado ocasiona que un mismo comportamiento de mercado sea susceptible de ser medido con varios raseros. La venta con descuento, por poner un ejemplo elemental, puede constituir acto de competencia desleal si el descuento arroja un precio del producto por debajo del coste o del precio de adquisición y concurre alguna de las circunstancias del art. 17.2 LCD. Puede también ser una práctica restrictiva de la competencia, si es realizada por un empresario en posición de dominio que aplica esa estrategia comercial para eliminar a sus más directos competidores. También puede encubrir un engaño

para el consumidor, si no va acompañada de las necesarias medidas informativas, con las oportunas consecuencias civiles y, en su caso, administrativas (básicamente de tipo sancionatorio). Pero nada de extraño hay en esa diversidad de aproximaciones que permiten determinadas conductas de mercado. En todas las sociedades de economía de mercado de nuestro entorno se aprecia un fenómeno parecido, fruto de la necesidad, constitucionalmente impuesta entre nosotros (arts. 38 y 51.1 CE), de que el mercado satisfaga no sólo los intereses de quienes compiten en él, sino también de los que obtienen del mismo los bienes y servicios necesarios para su subsistencia.

5. Los modelos de regulación de las prácticas comerciales en nuestro entorno europeo no son absolutamente uniformes. Existen países que cuentan con una disciplina propia y autónoma en esta materia, comúnmente recogida en una Ley de Prácticas Comerciales. Normas con esta denominación existen por ejemplo en Dinamarca, Bélgica, Suecia e Italia. La versión más 'consumerista' de la regulación de las prácticas comerciales está sin duda constituida por el legislador francés, que incluye en el *Code de la Consommation* de 1993 la disciplina de las modalidades de venta. En Alemania, en cambio, la protección de los consumidores frente a las prácticas comerciales se consigue mediante la aplicación de la Ley de Competencia Desleal.

A mi modo de ver, ninguno de esos modelos es abstractamente superior a los restantes, sino que habrá que atender en cada caso al sistema jurídico propio del país de que se trate, a la estructura de la distribución comercial y a todo tipo de circunstancias sociales y económicas que varían de un lugar a otro. En particular, no me parece que el Derecho de la competencia sea entre nosotros, en el momento actual de nuestra evolución jurídica, un instrumento de por sí bastante para conseguir con su aplicación una tutela suficiente y adecuada de los intereses económicos de los consumidores. Si así sucede en Alemania no es sino por razones específicas y propias de ese país, muy en particular por la antigüedad de la Ley de Competencia Desleal, que data de 1909 y ha permitido desde entonces la existencia de un copioso cuerpo doctrinal y jurisprudencial que facilita la acomodación de sus normas a las nuevas necesidades del mercado, entre ellas la de tutela de los consumidores. Pero la situación alemana no es cómodamente exportable y trasladable de contexto. Falta en nuestro país toda una tradición doctrinal y de aplicación de las normas sobre competencia desleal, y ni siquiera (aunque paulatinamente se vaya avanzando en este terreno) los propios operadores del mercado parecen ser muy conscientes y conocedores de lo que disponen esas normas. De hecho, el número de

procesos por competencia desleal no se ha incrementado como pudiera esperarse después de la Ley de 1991. En el plano de la tutela de los intereses de los consumidores, y descartado por inviable el recurso a la protección individualizada, los sistemas de tutela colectiva se encuentran todavía en una fase prácticamente embrionaria. Aunque el Derecho de la competencia desleal ofrece sobrados mecanismos para la intervención de las asociaciones de consumidores y usuarios en la represión de las conductas desleales, no ha llegado a mi conocimiento ningún proceso por competencia desleal emprendido por una asociación de consumidores. No resulta por eso rechazable, en cuanto medida de política legislativa (otra cosa son las objeciones de tipo técnico), que la regulación de las prácticas comerciales se aborde en la Ley de Comercio. Todo ello sin perjuicio de que, como ya se ha apuntado(12), la Ley de Competencia Desleal acabe implicando progresivamente en mayor medida a las asociaciones de consumidores, y termine incluso por desplazar de hecho la aplicación de otras normas de tutela de los consumidores.

Las normas contenidas en la Proposición de Ley de Ordenación del Comercio Minorista son normas jurídicas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial, en el sentido del art. 15.2 LCD(13). Su "simple infracción", por tanto, constituye un acto de competencia desleal susceptible de ser perseguido a través de los mecanismos de tutela previstos en la LCD. Las asociaciones de consumidores están legitimadas para perseguir las infracciones a las normas que disciplinan las prácticas comerciales siempre que los intereses de los consumidores resulten afectados por la práctica denunciada [art. 19.2.b) LCD].

II. LA REGULACION DE LAS PRACTICAS DE COMERCIO EN LA PROPOSICION MODIFICADA DE LEY DE COMERCIO

1. Consideraciones sistemáticas y disposiciones generales de Derecho privado.

6. La Proposición inicialmente presentada por el Grupo Parlamentario catalán contenía una abundante casuística de prácticas comerciales. En concreto, se contemplaban como tales un total de diecisiete: la

(12) F. VICENT CHULIA, RGD 589-590 (1993), p. 9987-9988, nota 17 *in fine*.

(13) Para la caracterización de tales normas, J. ALFARO AGUILA-REAL, "Competencia desleal por infracción de normas", RDM 202 (1991), pp. 683 ss.

venta en rebajas (arts. 62-67), la venta de saldos (arts. 68-73), la venta de liquidación (arts. 74-78), la venta a pérdida (arts. 79-81), la venta de promoción (arts. 82-83), la venta con sorteo o prima (art. 84), la venta en cadena (art. 86.1), la venta con descuento (art. 86.2), la venta a plazos (arts. 88-90), la venta con entrega aplazada (arts. 91-92), la venta a prueba (art. 93), la venta a conformidad (art. 94), la venta ambulante (arts. 98-103), la venta a distancia (arts. 104-110), la venta domiciliaria (arts. 111-113), la venta en pública subasta (arts. 114-117) y la venta automática (arts. 118-123).

La versión modificada de la Proposición, aparte de suprimir una considerable cantidad de preceptos absolutamente inútiles que existían en la versión inicial⁽¹⁴⁾, ha operado una reducción en las prácticas comerciales contempladas, pues sólo se conservan como tales una docena: la venta a pérdida (art. 14), la venta en pirámide (art. 23), la venta en rebajas (arts. 24-26), la venta de saldos (arts. 28-29), la venta en liquidación (arts. 30-31), la venta con obsequio (arts. 32-34), las ofertas de venta directa (art. 35), la venta de bienes muebles a plazos (art. 36.2), la venta a distancia (arts. 38-48), la venta ambulante o no sedentaria (arts. 53-55), la venta automática (arts. 49-52) y la venta en pública subasta (arts. 56-61). El elenco es bastante completo, y no difiere sensiblemente del que recogen las normativas autonómicas sobre comercio interior.

7. Desde el punto de vista sistemático, la Proposición dedica su Título II a las "actividades de promoción de ventas" (arts. 19 ss.), mientras que consagra su Título III a las "ventas especiales" (arts. 36 ss.). En el Título II se regulan las ventas en rebajas, las ventas en oferta o promoción, las ventas en liquidación, las ventas con obsequio y las ofertas de venta directa; también se dicta una norma prohibitiva de la venta en pirámide (art. 23). En el Título III se recogen reglas sobre las ventas a distancia, ventas ambulantes o no sedentarias, ventas automáticas y ventas en pública subasta. Fuera de ambos Títulos se encuentra prevista la venta a pérdida (art. 14).

Acaso podría entenderse, como criterio diferenciador entre las prácticas comerciales recogidas en uno y otro lugar, que en el Título II se contemplan las que están encaminadas sobre todo a la consecución de un mayor número de volumen de ventas a través de la utilización

(14) La Proposición inicialmente presentada por el Grupo de Convergència i Unió era realmente calamitosa desde casi todos los puntos de vista, como puso justamente de relieve M. TRONCOSO Y REIGADA, "Notas críticas a la Proposición de Ley de Comercio Interior del Grupo Parlamentario Catalán", *La Ley* 1994-4, pp. 969 ss.

de lo que en el propio lenguaje ordinario se entiende por 'promoción' (rebajas, regalos, saldos), mientras que en el Título III se incluyen las prácticas caracterizadas por hacer llegar los productos y servicios a los consumidores a través de cauces que, aunque muy extendidos en la práctica en algunos casos, carecen hasta la fecha de regulación jurídica autónoma (venta a distancia, venta automática, venta ambulante). En todo caso, la ordenación sistemática y el criterio que haya podido guiar al legislador a la hora de dividir la disciplina de las prácticas comerciales en esos dos Títulos no parece que proporcione ningún dato relevante o de interés para la interpretación de la Ley.

8. En los arts. 9 a 12, antes de abordar la regulación concreta de cada una de las prácticas comerciales, la Proposición dicta una serie de normas estrictamente de Derecho privado, cuya presencia en el articulado de la Proposición es ya de por sí discutible. Así, el art. 9 regula lo que la doctrina francesa denomina *prix d'appel*, esto es, el anuncio al público de una oferta de venta o la exposición de artículos en establecimientos comerciales, que constituyen a su titular en la obligación de vender a favor de los demandantes que cumplan las condiciones de adquisición⁽¹⁵⁾. El art. 10 se refiere al "derecho de desistimiento", el art. 11 a la "forma de los contratos" y el art. 12 a la "garantía y servicio postventa".

A mi parecer, salvedad hecha del art. 9, estos preceptos no son afortunados. Así, no cabe dictar una regla general en materia de derecho de desistimiento si luego, al regular cada figura en la que cabe ejercer ese derecho (piénsese, como ejemplos paradigmáticos, en las ventas fuera de establecimiento o en la proyectada regulación de las ventas a distancia) se dictan normas a propósito del mismo. En tales casos, la duplicidad normativa ocasiona inevitablemente dificultades de interpretación, provocadas precisamente por la presencia de una innecesaria disposición general. El art. 12, por su parte, supone de hecho una modificación del art. 11 LCU, realizada en una sede inapropiada. Y la confusión que se introduce en el sistema de protección del consumidor es mayor si cabe que el que actualmente resulta cuando se intenta armonizar el mencionado art. 11 LCU con los mecanismos de tutela previstos en el Código Civil.

(15) La regla más propiamente derivada del *prix d'appel* es el apartado segundo del art. 9, según el cual "los comerciantes no podrán limitar la cantidad de artículos que pueden ser adquiridos por cada comprador, ni establecer precios más elevados o suprimir reducciones o incentivos para las compras que superen un determinado volumen".

2. *La venta a domicilio.*

9. Es desde luego positiva la supresión en la versión modificada de la Proposición de las reglas que contenía la versión inicial sobre la venta a domicilio, pues, además de tratarse de una materia que ya cuenta, por imperativo del Derecho comunitario, con una normativa propia (Ley 26/1991, de 21 de noviembre, que incorpora al Derecho interno la Directiva 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales), los preceptos que dedicaba la Proposición a esta figura eran sencillamente innecesarios, cuando no inútiles(16). Aunque la venta a domicilio es una práctica comercial cada vez más extendida en nuestro país(17), entroncada con el denominado 'marketing directo'(18), razones de sistema aconsejan no llevar

(16) El art. 111 definía la venta domiciliaria de una forma bastante más estrecha que el art. 1 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre y no contemplaba excepciones similares a las previstas en el art. 2 de dicha Ley. El art. 112, por su parte, imponía al vendedor a domicilio el deber de ir provisto con una "credencial" acreditativa (garantía más estrictamente administrativa que jurídico-privada). El art. 113, en fin, proclamaba sin más la aplicación a este tipo de actividad comercial de las normas sobre ventas a distancia, con lo que no sólo se creaba un lamentable confusiónismo entre una y otra modalidad contractual, sino que además se derogaba de hecho la Ley 26/1991. La sujeción de las ventas domiciliarias a las reglas dictadas para las ventas a distancia suponía un incumplimiento del deber de incorporación al Derecho interno de la normativa comunitaria específicamente dictada para las ventas a domicilio.

(17) Según datos que tomo de J. B. MIR PIQUERAS, *La venta domiciliaria*, 1994, pp. 161 ss, el volumen de ventas de las empresas dedicadas a este sector ascendió en 1992 a 114.243.424.381 de pesetas, lo que supuso un incremento en los últimos siete años del 343'64 por 100. El número de pedidos en el mismo año ascendió a 9.597.361, con un precio medio por pedido de 12.320 pesetas. Las empresas de venta domiciliaria contaban en el año 1992 con una plantilla de empleados a tiempo total de 4.097 personas y con 115.042 vendedores independientes; la mayor parte de ellos a tiempo parcial (el 95'5 por 100) y del sexo femenino (el 93'5 por 100).

Todos estos datos, como el propio autor reconoce, son inferiores a los reales, pues para su elaboración se han tomado en consideración únicamente las empresas de venta a domicilio pertenecientes a la Asociación Española de Venta Directa (un total de dieciocho en 1992). Téngase en cuenta, además, que se incluyen los datos referidos a determinadas modalidades de venta, tales como la venta telefónica o la venta por medio de cupón-respuesta, que no son ventas a domicilio en el sentido de la Ley 26/1991, sino ventas a distancia.

(18) Esta expresión, empleada por los especialistas en tema de marketing, comprende en realidad más modalidades de venta que la domiciliaria en sentido estricto. Así, junto a ésta, se incluyen como prácticas de 'marketing directo' la venta por catálogo, la venta por teléfono y la venta por videotex. Para las ventajas de estos sistemas de distribución comercial frente a los tradicionalmente utilizados por el comerciante minorista, cfr. J. MIR/A. MOLLA, "Marketing directo. La distribución en busca del

a cabo en esta sede un estudio de la Ley sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles(19). En cualquier caso, conviene dejar constancia de que en el preámbulo de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia (v. ampliamente *infra* núm. 43 y ss.), tanto en la versión inicial (considerando decimotercero)

cliente", *Distribución y Consumo*, 2 (1992), pp. 95 ss. Con todo, el propio concepto de 'marketing directo' es discutido entre los especialistas, como muestra F. J. DE LA BALLINA BALLINA, "Las perspectivas de desarrollo del marketing directo en España", *Información Comercial Española*, 739 (1995), pp. 130-132, quien comprende también bajo esa denominación la venta por correo, la venta por radio-casete, la venta por televisión y por video y la venta telemática. En este mismo trabajo se prevé una evolución futura del marketing directo caracterizada en nuestro país por el crecimiento de su cuota de mercado, la incorporación de nuevos productos a esta forma de distribución comercial y la especialización por modalidades de la oferta de productos y bienes.

(19) El lector interesado en esta materia cuenta ya con una abundante literatura, bien que de desigual valía, centrada sobre todo en los aspectos relacionados con el ejercicio de lo que nuestro legislador ha denominado "derecho de revocación" (cfr. arts. 7 de la Ley 26/1991 y 5 de la Directiva 85/577/CEE) y con las exigencias formales de documentación del contrato (art. 3 de la Ley 26/1991). Cfr. E. GALDOS LOYOLA, *La venta a domicilio: una laguna en nuestro ordenamiento jurídico*, 1989; G. A. BOTANA GARCIA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, 1994; M. VERGEZ SANCHEZ, "Régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de establecimiento (Una aproximación al Derecho Europeo)", *Estudios homenaje Girón*, 1991, pp. 1187 ss.; y "Configuración y régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (Análisis de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre)", *Estudios homenaje Broseta*, III (1995), pp. 4011 ss.; A. FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, "El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991", *RDM* 208 (1993), pp. 589 ss.; D. FUCHS, "La ley alemana sobre revocación de negocios a domicilio", *ADC* 1987, pp. 206 ss.; J. A. MARTINEZ SANCHIZ, "Protección al consumidor. *Ius poenitendi* en ciertos documentos privados (Ley 21 noviembre 1991)", *Rev.Jur.Not.* 1992, pp. 257 ss.; J. CALAIS-AULOY, "La venta a domicilio y la venta por correo en el Derecho francés", *Est.Cons.* 24 (1992), pp. 39 ss.; F. M. CALVO VIDAL, "La protección del consumidor en algunos tipos de ventas especiales", *Act.Civ.* 1993-1, pp. 173 ss.; M^a. P. GARCIA RUBIO, "La forma en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Una aproximación al formalismo como característica del Derecho del Consumo", *Act.Civ.* 1994-2, pp. 177 ss.; J. M. BADENAS CARPIO, "La forma y la perfección de los contratos de venta celebrados fuera de los establecimientos mercantiles", *La Ley* 1994-4, pp. 1136 ss.; J. M^a. CABALLERO LOZANO, "Una compraventa especial: la venta fuera de establecimiento", *RDP* 1994, pp. 1047 ss.; C. PORRES DE MATEO, "Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. En particular, el derecho de revocación del consumidor", *RJCLM* 21 (1994), pp. 205 ss.; y J. LLOBET I AGUADO, "El periodo de reflexión y la facultad de retractación. Algunas reflexiones en torno a la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles", *RGD* 604-605 (1995), pp. 143 ss. Para la experiencia jurídica anglosajona, A. VIGURI PEREA, "La protección de los consumidores en las ventas celebradas fuera de los establecimientos mercantiles. Método del caso. Análisis comparado del Derecho norteamericano", *RJCLM* 21 (1994), pp. 230 ss.

como en la modificada (considerando decimoséptimo), se prevé la futura reforma de la Directiva 85/577/CEE, al objeto de armonizar ambas Directivas en algunos puntos, y muy en particular el referido al cálculo del plazo para el ejercicio del derecho de revocación(20).

10. La regulación jurídico-privada que la Proposición dedica a la *venta ambulante* o no sedentaria es nula(21). Los arts. 53 a 55 se limitan a dar un concepto de esta práctica comercial, a confiar a los ayuntamientos el otorgamiento de la autorización para su desenvolvimiento y a imponer la necesidad de que el comerciante ambulante ponga en conocimiento del público determinados datos identificativos (datos personales, dirección para atender posibles reclamaciones y licencia municipal). Lo característico de esta práctica, como se encarga de subrayar la Proposición, es que se trata de ventas realizadas "fuera de un establecimiento comercial permanente [...] en instalaciones comerciales desmontables o transportables, incluyendo los camiones tienda" (art. 53). A la vista de esta descripción de la venta ambulante,

(20) Entre el criterio adoptado por la Directiva 85/577/CEE, de una parte, y el que anticipa la Proposición de Directiva sobre contratos a distancia, de otra, hay en efecto sustanciales e importantes diferencias. Así, según el art. 5 de la Directiva primeramente citada, el derecho de revocación puede ejercitarlo el comprador "en el plazo mínimo de siete días, a partir del momento en que el consumidor haya recibido la información contemplada en el artículo 4 y de acuerdo con las modalidades y condiciones establecidas en la legislación nacional"; por su parte, el mencionado art. 4 obliga al comerciante a "informar por escrito al consumidor [...] sobre su derecho a rescindir el contrato durante los plazos definidos en el artículo 5, así como sobre el nombre y dirección de una persona con respecto a la cual pueda ejercer dicho derecho". El momento en que el vendedor debe suministrar esa información varía, según la Directiva, en función del tipo de venta domiciliaria de que se trate. En cambio, según el art. 12.1 de la Propuesta modificada de Directiva de contratos a distancia, el derecho de rescisión se puede ejercitar durante "un plazo mínimo de siete días laborables a partir de la fecha de recepción del producto o del servicio".

La diferencia entre ambos preceptos es clara, lo que justifica el afán de la Comisión de la CEE de unificar uno y otro plazo. Mucho más compleja, en cambio, es la disciplina del derecho de revocación contenida en el art. 5 de la Directiva 94/47/CEE, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido.

(21) Y lo mismo ocurre con el Real Decreto 1010/1985, de 5 de junio, sobre determinadas modalidades de venta fuera de establecimiento comercial permanente, que se centra principalmente en aspectos de policía administrativa. Sobre este aspecto es de interés la STS, Sala 3ª, de 21 de junio de 1991, a propósito de la impugnación de un acuerdo municipal prohibitivo de la venta en mercadillos, que el Alto Tribunal revoca al entender consagrado por el Real Decreto 1073/1980, de 23 de mayo (luego derogado por el mencionado Real Decreto 1010/1985), "un régimen de tolerancia para los mercadillos que venían celebrándose, en el que se respetan los derechos de los comerciantes".

y del explícito reconocimiento de que se trata de una venta realizada "fuera de un establecimiento comercial permanente", es lícito plantearse si la venta ambulante es o no una práctica sujeta a la Ley 26/1991.

El problema no sería tal si la adaptación interna de la Directiva 85/577/CEE hubiese sido hecha transcribiendo en su literalidad los apartados de la norma comunitaria defintorios de su ámbito de aplicación. De haberse seguido este procedimiento, quedarían sometidas a la normativa específica sobre ventas fuera de establecimiento mercantil(22) las ventas celebradas durante una excursión organizada por el comerciante fuera de sus establecimientos comerciales o durante una visita del comerciante al domicilio del consumidor o a su centro de trabajo. El Proyecto de Ley de ventas fuera de establecimiento mercantil seguía fielmente las pautas de la Directiva, incluyendo en su ámbito de aplicación las formas que se acaban de mencionar (venta en excursión, venta a domicilio *stricto sensu* y venta en el lugar de trabajo) y, además, la realizada en un medio de transporte público. Es a lo largo de la tramitación parlamentaria cuando se sustituye la referencia a la venta realizada en una excursión organizada por el empresario, en cuya caracterización la alusión al lugar de celebración de la venta ocupaba un papel realmente modesto(23), por la más amplia que hoy recoge el art. 1.1.a) de la Ley 26/1991, donde el hecho de que la venta se haya verificado "fuera del establecimiento mercantil del empresario" adquiere un papel nuclear en la articulación del ámbito de aplicación de la Ley.

Desde esta perspectiva, no cabe duda que el legislador español ha sido el que más puntillosamente ha seguido la denominación de la Directiva 85/577/CEE, entendiendo que si su finalidad es proteger al consumidor en los contratos celebrados fuera de establecimiento, lo más lógico y adecuado es que la Ley interna de incorporación de la Directiva se aplique, precisamente por eso, a *todos* los contratos celebrados en esa circunstancia espacial. Es muy probable que esa idea no sea censurable. De hecho, a la vista de la Directiva quedaban excluidos de su ámbito de aplicación ciertos contratos que, sin embargo, están sujetos a nuestra Ley 26/1991 y en los que la necesi-

(22) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, 26 de abril de 1991, núm. 53-1.

(23) En concreto, el Proyecto se refería a la venta celebrada "con ocasión de una excursión o de un acto cultural, recreativo o promocional organizados por el empresario o por un tercero que actúe por cuenta suya cuando tengan lugar fuera del establecimiento comercial del empresario".

dad de proteger al consumidor se revela de modo especialmente apremiante(24).

Sin embargo, de seguir en su literalidad el art. 1.1.a) de la Ley 26/1991, se produce el absurdo de entender sometidas a esa norma las ventas ambulantes. Estas no quedan excluidas por lo dispuesto en su art. 2.1.6°, que se refiere más bien a las ventas *en el domicilio del consumidor* de los productos allí aludidos; el pasaje "suministrados por los proveedores" es bien elocuente en este sentido. Pero lo cierto es que en las ventas ambulantes no concurren las circunstancias que normalmente se invocan como determinantes de la oportunidad de proteger a quien compra fuera de establecimiento. La venta ambulante no es una venta a domicilio; el consumidor no es 'asaltado' por un pegajoso vendedor que acaba por convencerle de las excelencias del

(24) Piénsese sin ir más lejos en el supuesto de hecho que estaba a la base de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de julio de 1994 (Asunto C-91/1992: Paola Faccini Dori c/ Recreb Srl; *Ar. Civ.* 1994-II, pp. 1527 ss.): una confiada ciudadana italiana fue literalmente 'asaltada' por un experto vendedor que consiguió suscribirla a un curso de inglés por correspondencia en la estación central de trenes de Milán (para otro caso extraordinariamente similar, también sobre venta de libros, cfr. C. DI LORETO, "Vendite per strada e tutela del consumatore", *Riv. Dir. Civ.* 1992, Commenti, pp. 21 ss.). Esas operaciones difícilmente caben en el ámbito de aplicación que define la Directiva 85/577/CEE, ya que no se trata de venta en excursión, ni tampoco de venta subsiguiente a una vista del empresario (o sus dependientes) al domicilio del consumidor o a su lugar de trabajo. Sin embargo, semejante operación cae bajo el ámbito de nuestra Ley 26/1991.

La mencionada Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 14 de julio de 1994 supone un importante paso cualitativo en la vigorización de la eficacia de las Directivas. No llega al punto de reconocer a los ciudadanos la posibilidad de invocar ante los Tribunales de los Estados miembros, y frente a otros particulares, los derechos reconocidos por las Directivas una vez transcurrido el plazo previsto para su adaptación al Derecho interno sin que ésta se haya llevado a cabo. Pero de hecho concluye que los Estados miembros son patrimonialmente responsables frente a sus ciudadanos cuando éstos se ven imposibilitados de ejercitar frente a otro particular un derecho reconocido en una Directiva precisamente porque, merced al retraso en la incorporación de la Directiva, ese derecho (en el caso resuelto por la Sentencia de 14 de julio de 1994 se trataba del derecho de revocación establecido en la Directiva 85/577/CEE) no se encuentra garantizado por el ordenamiento jurídico del Estado miembro (con mayor detalle, E. COBREROS MENDAZONA, *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, 1995, pp. 77 ss.). Es deseable que esta doctrina se consolide al resolver las cuestiones prejudiciales actualmente pendientes ante el Tribunal de Justicia que versan sobre este mismo extremo; en particular, los Asuntos C-188/94, 189/94 y 190/94 (prejudiciales planteadas por el *Landgericht* de Bonn sobre las consecuencias para el Estado alemán de la adaptación incorrecta o tardía del Derecho interno a la Directiva sobre viajes combinados) y el Asunto C-192/94 (prejudicial planteada por un Juzgado de Primera Instancia de Sevilla sobre el posible efecto directo horizontal del art. 11 de la Directiva sobre crédito al consumo).

producto; la capacidad de decisión y elección del que adquiere en un mercadillo de venta ambulante no está condicionada absolutamente por ningún factor externo; la iniciativa para contratar no parte del comerciante, sino del propio consumidor. Por eso, el art. 1.1.a) debe ser objeto de una reducción teleológica que reconduzca la literalidad del precepto a la finalidad inmanente de Ley 26/1991(25). La consecuencia inmediata de esta operación será la exclusión del ámbito de aplicación de esta norma de aquellos supuestos de venta fuera de establecimiento mercantil que, subsumibles en el art. 1.1.a) de la Ley, no presenten sin embargo las características que motivaron la aprobación de la Directiva 85/577/CEE y de la propia Ley española sobre ventas fuera de establecimiento. Es además evidente que a un vendedor ambulante no se pueden razonablemente imponer los requisitos de documentación y formalización del contrato con que nuestra Ley 26/1991 grava a los auténticos vendedores fuera de establecimiento(26). Y ello sin perjuicio de que quizá hay otra razón más poderosa para excluir del ámbito de aplicación de la Ley 26/1991 las ventas ambulantes: la constatación de que el vendedor ambulante, por definición, carece de establecimiento comercial en sentido propio. No es un vendedor que unas veces venda en su establecimiento y otras fuera de él: es un vendedor cuyo tráfico se realiza siempre en la calle, en puestos instalados en lugares públicos asignados por los Ayuntamientos

11. Similares problemas se plantean a propósito de lo que en el lenguaje codificado se conoce como 'venta entre ausentes', es decir, aquéllas que se realizan entre personas que no se encuentran físicamente presentes de modo simultáneo, cuya importancia, por lo menos en algunas de sus formas (venta por correspondencia o por correo, venta por teléfono,...), es particularmente elevada. Es sumamente discutible, a la vista de la amplia dicción del art. 1.1.a) de la

(25) Cfr. K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. M. Rodríguez Molinero), s. f., pp. 385 ss.

(26) En contra de lo anterior no cabe invocar la reciente reforma sufrida en el Derecho francés a propósito del tema que nos ocupa. En el *Code de la Consommation* de 1993 se dejaban expresamente fuera del ámbito de aplicación de las normas sobre *démarchage* las ventas de alimentos o productos de consumo hechas "par les personnes titulaires de l'un des titres de circulation prévus par la loi n° 69-3 du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des *activités ambulantes* et au régime applicable aus personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe". El art. 7 de la Ley n° 95-96, de 1 de febrero de 1995, ha derogado el pasaje transcrito. Ignoro las razones por las que se ha producido la derogación en el Derecho francés, pero es claro que lo que suceda en el país vecino nada tiene que ver con la interpretación que hayamos de dar a una Ley española.

Ley 26/1991, si las ventas entre ausentes están a lo dispuesto en esa norma (27).

Si por "celebración" del contrato se entiende "perfección" del mismo (y, en efecto, así debe ser por regla general), la aplicación del art. 1262 II CC permite concluir que los contratos a distancia estarán fuera de la órbita de la Ley 26/1991 en la medida en que la oferta será normalmente hecha en (o desde) el establecimiento comercial del empresario, y por tanto, según se desprende del mencionado precepto del Código, el contrato se habrá celebrado en dicho establecimiento(28). Así sucederá salvo que las partes establezcan lo contrario, pues la regla del art. 1262 II CC, como entiende la unanimidad de la doctrina(29), es meramente dispositiva ("se presume"). Aunque será difícil que un comerciante que emita una oferta a distancia desde su propio establecimiento mercantil admita de buen grado el desplazamiento de la regla, favorable a sus intereses, que consagra el Código Civil.

(27) En tal sentido, C. PORRES DE MATEO, "Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. En particular, el derecho de revocación del consumidor", *RJCLM* 21 (1994), p. 214, aunque en nota a pie expresa sus dudas sobre este particular. La práctica extranjera demuestra que la regulación de la venta a distancia ha obedecido por lo general a una decisión consciente del legislador. Así, en el Derecho italiano, se aprovechó la incorporación al ordenamiento interno de la Directiva sobre ventas fuera de establecimiento a través del Decreto legislativo de 15 de enero de 1992 para extender expresamente su ámbito a los contratos concluidos por el medio televisivo u otros medios audiovisuales, así como de instrumentos informáticos o telemáticos (v. art. 9 del mencionado Decreto legislativo). En Francia, la primera regulación data de una Ley de 6 de enero de 1988 (cfr. G. PLAISANT, "La loi du 6 janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et le 'télé-achat'", *JCP* 1988, I, p. 472 ss.). Por Ley de 23 de junio de 1989 se reformó la de 22 de diciembre de 1972, sobre *démarchage*, para regular las ofertas hechas por teléfono o a través de un dispositivo telemático. En la actualidad, la regulación de la venta a distancia se encuentra recogida en el *Code de la Consommation* de 1993. En Alemania, para el caso de la enseñanza a distancia, existe una Ley desde 1976 (*Fernunterrichtsschutzgesetz*).

No resulta fácil constatar esa consciente voluntad de nuestro legislador de someter algunas modalidades de venta a distancia a la Ley 26/1991.

(28) Aun desde estas premisas, la cuestión no está nada clara ni permite su generalización, porque no parece que pueda sostenerse, pongo por caso, que la oferta hecha por televisión está hecha en (o desde) el establecimiento comercial del vendedor.

(29) En este sentido, por todos, M^a. C. GOMEZ LAPLAZA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO/S. DIAZ ALABART), XVII-1^o B (1993), pp. 142, 144; E. LALAGUNA DOMINGUEZ, "Sobre la perfección de los contratos y el Código Civil", *Estudios homenaje Roca Juan*, 1989, p. 418 [= *Centenario del Código Civil*, II (1990), pp. 1071 ss.]; y M. COCA PAYERAS, *Comentario del Código Civil*, II (1991), pp. 453-454.

3. *La venta con descuento.*

12. La versión inicial de la Proposición dedicaba un par de preceptos a la venta con descuento. El primero para decir que esa modalidad de venta tenía lugar “cuando, debido al volumen de compra que realiza el adquirente, o por su condición de cliente habitual, se hace una rebaja en el precio del producto, o se le hace un regalo o cualquier otro incentivo directo” (art. 86.1); el segundo, para remitir la determinación de sus “características y reglas aplicables” a la vía reglamentaria (art. 87). Así las cosas, la descripción de la venta con descuento en el art. 86.1 era bastante completa, puesto que, por una parte, aclaraba las razones por las que el comerciante vendía uno de sus productos a precio menor del habitual (el volumen de compra del adquirente, su condición de cliente habitual), y, de otra, contemplaba tanto el descuento propiamente dicho, consistente en la venta a un precio *inferior* al habitualmente practicado con el resto de los compradores, como el descuento *en especie*, que supone la entrega de una prestación a título gratuito (un regalo u “otro incentivo directo”) en favor del consumidor.

13. Ambos preceptos han desaparecido en la versión modificada de la Proposición. Esta circunstancia, sin embargo, no es criticable. Así, por lo que se refiere al descuento propiamente dicho, se trata de un comportamiento no precisado de ninguna regla específica en el marco de una Ley de Comercio. Ni siquiera es necesario el reconocimiento explícito de la posibilidad que tiene el comerciante de realizar descuentos de esta naturaleza, por las razones que literalmente recogía el art. 86.1 de la Proposición o por cualesquiera otras imaginables, pues esa facultad no es en última instancia más que un corolario de la que tiene para fijar los precios de sus productos, por lo que la garantía legal de esta libertad, consagrada en el art. 13 de la Propuesta modificada, lleva de suyo que el comerciante es libre para descontar lo que quiera, como quiera y a quien quiera, con las únicas limitaciones que en su caso se deriven de la aplicación de la normativa sobre competencia desleal; en particular, de lo previsto sobre venta a pérdida (cfr. art. 17 LCD e *infra* núm. 20 y ss.) y sobre venta discriminatoria (art. 16.1 LCD). Por otra parte, la desaparición del art. 86.1 no significa que el legislador ignore la venta con regalo, ya que esta modalidad se encuentra incurso en la definición de venta con obsequio ofrecida por el art. 32.1 de la versión modificada, y de la que después se tratará (v. *infra* núm. 29 y ss.).

4. La venta con entrega aplazada.

14. La versión primitiva de la Proposición dedicaba un par de preceptos a la venta con entrega aplazada, definida como aquella en la que “la prestación del vendedor se difiere a un momento posterior a la perfección del contrato” (art. 91). El peligro más grave de este tipo de operaciones, en las que el consumidor adelanta total o parcialmente el precio de la compra sin recibir el bien a cambio, está representado por el riesgo de que el producto comprado no le sea entregado en la fecha pactada(30). Peligro que venía convenientemente atajado en la Proposición a través del expediente de entender “en todo caso implícita [en este tipo de contratos] una cláusula penal por importe del doble del precio de la cosa objeto de la operación” (art. 92). La cantidad anticipada por el comprador, en pago total o parcial del precio de la cosa vendida, cumplía una función análoga a las arras penitenciales, de manera que la falta de entrega de la cosa vendida en la fecha convenida, que había de especificarse en el contrato, suponía de hecho un incumplimiento del vendedor que permitía al consumidor solicitar la resolución del contrato y, a título de indemnización, la devolución del doble del precio anticipado.

El funcionamiento de la “cláusula penal” prevista en el art. 91 de la versión primitiva de la Proposición de Ley de Comercio era similar al establecido en el art. 1454 CC, aunque con algunas particularidades de interés. En primer lugar, frente al carácter dispositivo de la función penitencial de las arras del art. 1454 CC, según una constante doctrina jurisprudencial(31), las arras de la Proposición tenían, en mayor garan-

(30) Esa es la razón por la que la Propuesta modificada de Directiva de negocios a distancia garantiza al consumidor el derecho a no hacer ningún pago por adelantado, aunque no impide que lo verifique si así lo cree oportuno (v. *infra* núm. 63). Una disposición análoga se recogía en la Propuesta de Directiva sobre ventas fuera de establecimiento de 1977, aunque no trascendió a la versión definitiva (cfr. M. GORGONI, “Sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali alla luce del d.leg. núm. 50/1992”, *Cont.Impr.* 1993-1, p. 178, nota 96). En Holanda, sin embargo, cuando se trata de venta hecha a un consumidor, se puede imponer al comprador el pago por adelantado de hasta la mitad del precio de compra (art. 26.2 del Libro 7 del Código Civil).

(31) Referencias en R. CASAS VALLES, “Algunas cuestiones en materia de arras”, *Aranzadi Civil* 1994-I, p. 35, nota 20, que alude igualmente al carácter excepcional de las arras penitenciales y, por tanto, a la necesidad de que las partes estén de acuerdo en atribuirle esa condición. La STS de 16 de marzo de 1992 [com. M^a. D. ARIAS PAZ, *CCJC* 29 (1992), § 759, pp. 415 ss.], que suponía una ruptura en esa consolidada línea jurisprudencial, ha permanecido absolutamente aislada, como demuestran, entre otras, las posteriores SSTs de 31 de julio de 1992 [com. C. MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *CCJC* 30 (1992), § 788, pp. 841 ss.], 24 de diciembre de 1992, 8 de febrero de

tía de los intereses económicos del consumidor, un indudable carácter imperativo (“en todo caso”, decía el precepto). En segundo lugar, e íntimamente ligado con lo anterior, se trataba de unas arras legales, pues derivaban de la ley, que las entendía “implícitas” en todas las operaciones de venta con entrega aplazada, sin necesidad de pacto expreso de las partes(32). Y en tercer lugar, la penitencialidad de las arras funcionaba de modo unilateral, no bilateral: era el vendedor el que soportaba el carácter penitencial de las arras si no entregaba la cosa en la fecha pactada, pero no el comprador si decidía desistir del contrato o incumplirlo.

15. En la versión modificada de la Proposición ha desaparecido la regulación de la venta con entrega aplazada, incluida la medida sobre las arras que se acaba de comentar. Para aquellos casos en que el comprador anticipe alguna cantidad a la espera de recibir en un momento posterior la cosa comprada, se arbitra una protección de alcance más limitado consistente en imponer al comerciante, cuando “la perfección del contrato no sea simultánea con la entrega del objeto” (más bien lo contrario: que la entrega no sea coetánea a la perfección), la expedición de “factura, recibo u otro documento análogo, en el que deberán constar los derechos o garantías especiales del comprador y la parte del precio que, en su caso, haya sido satisfecha” (art. 11.2). Será ese documento el que, de haberlo, dará acogida al pacto sobre arras que eventualmente puedan convenir el comerciante y el adquirente.

1993, 14 de mayo de 1993 [com. M^a. E. AFONSO RODRIGUEZ, CCJC 33 (1993), § 868, pp. 765 ss.], 15 de marzo de 1994, 11 de abril de 1994, 21 de junio de 1994 [com. S. DIAZ ALABART, CCJC 36 (1994), § 978, pp. 1165 ss.] y 23 de noviembre de 1994, que vuelven a la doctrina tradicional.

(32) Esta circunstancia mereció la crítica de M. TRONCOSO Y REIGADA (*La Ley* 1994-4, p. 976), para quien se trataba de una errónea e inconveniente derogación del principio de autonomía de la voluntad que acabaría por generar un encarecimiento del precio del producto y un ‘ajuste contractual’ por otras vías. La crítica es infundada. No es inapropiado que el comerciante incumplidor sea civilmente sancionado mediante unas arras penitenciales que jamás estaría dispuesto a pactar al amparo del art. 1255 CC. Si la consecuencia última de la medida es el encarecimiento del producto, ya se encargarán los consumidores de comprar al competidor que venda ese mismo producto más barato. Lo que al cabo redundará en la expulsión del mercado, o al menos en la reducción de su cuota, del comerciante incumplidor.

Para una disposición parcialmente análoga en el Derecho francés, aunque menos protectora para los compradores, v. art. 114-1, último párrafo, del *Code de la Consommation* y R. FABRE/D. MAINGUY, “Les nouvelles dispositions gouvernant les contrats et la publicité depuis la Loi du 18 janvier 1992”, *JCP Cah.Dr.Entr.*, Supplément 1992-3, pp. 23-24.

5. La venta a plazos

16. En lo que concierne a la venta a plazos, la opción de fondo de la versión inicial ha sido mantenida en la versión modificada, pues tanto en un caso como en otro se produce una remisión íntegra a la legislación específica sobre la materia(33). Esta legislación específica está constituida en la actualidad, según es sabido, por la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre Ventas de Bienes Muebles a Plazos(34), si bien la Disposición final tercera, apartado primero, de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, ordena al Gobierno la presentación a las Cortes Generales "en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la presente Ley" (lo que se produjo el día 23 de mayo de 1995) de un proyecto de modificación de la Ley 50/1965 para, según su Exposición de Motivos, "adaptarla" a la nueva Ley de Crédito al Consumo(35). Hasta tanto no se produzca esa modificación, la Disposición

(33) Cfr. arts. 88.2 de la Proposición inicial y 36.2 de la modificada.

(34) La práctica ha demostrado la escasa aplicabilidad de esta Ley a las ventas de consumo, en contraste con lo sucedido con los bienes de equipo capital productivo destinado a usos industriales, comerciales, agrícolas o profesionales en general. Y ello a pesar de que los dos primeros apartados del art. 1 del Decreto 1193/1966, de 12 de diciembre (en la redacción dada por el Real Decreto 2641/1985, de 18 de diciembre) sujetan a esta normativa los contratos de venta a plazos y los préstamos de financiación destinados a facilitar la adquisición a plazos de un elevado número de bienes de consumo (aparatos de uso doméstico en general y electrodomésticos, radiorreceptores, televisores, fonógrafos y tocadiscos, tomavistas y proyectores, aparatos fotográficos y sus accesorios y aparatos para grabaciones sonoras, con precio al contado no inferior a 15.000 pts. ni superior a 750.000 pts. y vehículos de todas clases, con precio al contado no inferior a 15.000 pts. ni superior a 4.000.000 pts.). El Auto de la AP Madrid, Sección 12ª, de 12 de abril de 1994 (*Ar.Civ.* 1994, 831), que estima aplicable la Ley 50/1965 a un contrato de financiación de la compra de un automóvil, ni siquiera deja entrever si el adquirente intervenía en la operación como consumidor, para destinar el vehículo a un uso particular, o como empresario, con la finalidad de incorporar el bien comprado a su fondo comercial.

(35) Sobre el crédito al consumo en general, en la literatura española, cfr. entre otros A. CASADO CERVIÑO, "El crédito al consumo y la protección de los consumidores", *RDBB* 11 (1983), pp. 481 ss.; M. PASQUAU LIAÑO, "Propuestas para una protección jurídica de los consumidores en materia de crédito al consumo: medidas de prevención y de solución de los problemas derivados del sobreendeudamiento", *Est.Cons.* 18 (1990), pp. 11 ss.; L. ROJO AJURIA, "El crédito al consumo", *Estudios homenaje Luis Mateo Rodríguez*, II (1993), pp. 315 ss.; J. A. MORENO MOLINA/Mª. C. GONZALEZ CARRASCO, "La protección del consumidor en materia de crédito al consumo: análisis de la Directiva 87/102 de la CEE y su incidencia en el Derecho español", *RJCLM* 16 (1992), pp. 7 ss.; U. NIETO CAROL, "Contratos de adhesión y Derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios", *Act.Civ.* 1993-1, pp. 19 ss.; M. VILLALVA LARA, "Breve estudio sobre algunas cláusulas que de ordinario figuran en las pólizas de los contratos de crédito, préstamo, *leasing*

final segunda de la Ley de Crédito al Consumo afirma que los contratos sujetos a la Ley 50/1965 "que se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de la presente ley" (la mayoría de los contratos de financiación a comprador: cfr. arts. 1 y 2 de la Ley 7/1995 y art. 3 II de la Ley 50/1965) "se regirán por los preceptos de esta última y, *supletoriamente*, por los de aquélla". A los "restantes contratos sujetos a la Ley 50/1965", esto es, a los no incluidos en el ámbito de la Ley 7/1995, "además" de las normas de la Ley 50/1965, les serán de aplicación determinados preceptos (no todos) de la Ley 7/1995 que especifica su propia Disposición final segunda(36).

No es ahora el momento de profundizar en este asunto, pero interesa subrayar el notable incremento que, en orden a la protección de los adquirentes de bienes a crédito, supone la Disposición final segunda de la Ley 7/1995. En efecto, la jurisprudencia recaída en aplicación de la Ley 50/1965 había declarado que no estaban sujetas a ese texto las ventas a plazos de bienes muebles que no se ajustaban estrictamente a las prescripciones de la Ley, con lo que se abrió el paso a

y para la concesión de una tarjeta de crédito a la vista de la legislación tuitiva de la parte contratante débil", *La Ley* 1993-1, pp. 901 ss.; M. GOMEZ MENDOZA, "Tarjetas de crédito y crédito al consumo", *La Ley* 1993-3, pp. 789 ss.; y J. M. GOMEZ DE MIGUEL, "La transposición de la Directiva comunitaria sobre crédito al consumo y sus implicaciones", *Crédito Cooperativo* 70 (1994), pp. 9 ss. Para una referencia más directa al texto finalmente aprobado por la Ley 7/1995, cfr. S. RIVERO ALEMAN, *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*, 1995; J. ALFARO AGUILA-REAL, "Observaciones críticas al Proyecto de Ley de Crédito al Consumo", *RDBB* 56 (1994), pp. 1031 ss; y M. J. MARIN LOPEZ, "Le crédit à la consommation en Droit espagnol", *Rev.Eur.Dr.Cons.* 1995-3 (en prensa).

V. también el comentario de Rodrigo BERCOVITZ a la importante STS de 8 de abril de 1994 [CCJC 36 (1994), § 961, pp. 845 ss.], que, haciendo aplicación de la regla de interpretación del art. 1288 CC, casa la sentencia de instancia, estima la demanda interpuesta por unos prestatarios (por subrogación) adquirentes de vivienda y condena a la Caja de Ahorros demandada porque había venido calculando los intereses de modo claramente perjudicial para los prestatarios. En concreto, porque el cálculo de anualidades constantes de capital e intereses, combinado con el cobro por trimestres, daba lugar a que, aunque se fuera amortizando parte del capital en cada trimestre, los intereses se calcularan sobre todo el capital pendiente al comienzo de cada año. La decisión del TS es tanto más elogiable cuanto que los préstamos controvertidos se concertaron en un momento (años 1978 y 1979) en que no ya las normas jurídicas, sino incluso la propia política de protección de los consumidores se encontraba en su prehistoria. Lo que no impide que el Tribunal Supremo halle el fundamento de su decisión en las reglas codificadas sobre interpretación de los contratos.

(36) La locución empleada por la Ley ("además") permite una simultánea aplicación de la Ley de 1965 y de la Ley de Crédito al Consumo, pero no aclara la articulación entre una y otra, esto es, cuál de ellas ha de tener una aplicación preferente en caso de colisión normativa.

numerosos subterfugios para desconocer los derechos que en ella se reconocían a los compradores a crédito. Así ocurría paradigmáticamente con el caso, varias veces enjuiciado por los Tribunales, de la 'fórmula personal de pago' que un conocido gran establecimiento comercial concedía a sus clientes(37). Esta burda manipulación del ámbito de aplicación de la norma protectora del adquirente no será posible tras la Ley 7/1995, que ya no exige al comprador a crédito el pago de un primer plazo en el momento de verificarse la compra (v. art. 1.1 de la Ley 7/1995, en comparación con el art. 2 I de la Ley 50/1965). Todo ello, como es lógico, sin perjuicio de que las operaciones de crédito realizadas por los establecimientos comerciales análogos a las descritas escapen por derecho propio del ámbito de aplicación de la Ley 7/1995, lo que ocurrirá si el importe del crédito no rebasa las 25.000 pesetas [art. 2.1.a) de la Ley 7/1995] o, más probablemente quizá, si el consumidor reembolsa el crédito dentro de un único plazo

(37) Valga por todas la SAP Sevilla, Sección 6ª, de 1 de junio de 1994 (*Ar.Civ.* 1994, 986; *Act.Civ.* 1994, 1794), que resuelve una demanda de reclamación de cantidad formulada por El Corte Inglés, S.A. contra uno de sus clientes. La Audiencia parte de la base de estimar que la concesión a un cliente de la 'fórmula personal de pago' es en el fondo una operación de crédito, pues cuando dicho establecimiento expide una tarjeta de compra a favor de una determinada persona "le otorga la posibilidad de comprar haciendo uso de la misma sin necesidad de pagar al contado; en definitiva, le concede un crédito hasta determinada cantidad, que vence a los treinta días desde el envío al cliente del resumen de las compras realizadas en el mes precedente, y, para las sumas que no se abonen de una sola vez, le permite el pago en varios plazos fraccionados mediante la que denomina 'fórmula personal de pago'". Con todo, aunque el art. 2.2 de la Ley 50/1965 "extiende su ámbito de aplicación a aquellas operaciones comerciales en que se persiguen los mismos fines económicos que con la venta a plazos, las operaciones crediticias de las que deriva la deuda objeto de reclamación han de regirse por las estipulaciones del concreto acuerdo negocial suscrito por las partes, al amparo del principio de autonomía de la voluntad recogido en el art. 1255 del Código Civil, y no por la Ley especial reseñada dado el carácter dispositivo y no imperativo de la misma [y se cita jurisprudencia del Tribunal Supremo en apoyo de esta tesis], máxime si se tiene presente que no medió recepción por el vendedor de una parte del precio de los bienes adquiridos en el momento de su entrega al comprador, característica básica de la venta a plazos de acuerdo con la definición normativa del art. 2.1 de la Ley en cuestión". Por tanto, concluye la Sentencia, "otorgado un contrato de compraventa con pago aplazado del precio sin que los compradores abonaran cantidad alguna al recibir el objeto comprado, resulta evidente que dicha compraventa está fuera del ámbito de aplicación de la Ley 50/1965".

La misma doctrina se reitera en las SSAP Sevilla de 19 de mayo de 1993 (*Ar.Civ.* 1993, 927), 23 de julio de 1993 (*Ar.Civ.* 1993, 1458), 25 de septiembre de 1993 (*Ar.Civ.* 1993, 1622) y 21 de enero de 1994 (*Ar.Civ.* 1994, 110), así como en el Auto de 21 de julio de 1993 (*Ar.Civ.* 1993, 1376). Resoluciones todas ellas procedentes de las Secciones 5ª y 6ª de la Audiencia hispalense.

que no rebase los tres meses, o bien en cuatro plazos, como máximo, dentro de un período que no supere los doce meses [art. 2.1.b) de la Ley 7/1995].

17. La versión inicial de la Proposición de Ley de Comercio recogía dos preceptos que prestaban al comprador una importante protección adicional no prevista en la Ley de Ventas de Bienes Muebles a Plazos(38). Sin embargo, semejantes previsiones han quedado ampliamente superadas por la Ley 7/1995, cuyo art. 6, además de exigir que todo contrato que comporte la concesión de un crédito a un consumidor se realice "por escrito", impone como menciones obligatorias del contenido contractual ("contendrá necesariamente", dice el precepto) las siguientes: a) la indicación de la tasa anual equivalente (TAE) definida en el art. 18 y de las condiciones en las que ese porcentaje, en su caso, podrá modificarse (sobre la modificación del coste total del crédito, cfr. art. 8 de la Ley 7/1995); cuando no sea posible indicar el TAE, deberá hacerse constar, como mínimo, el tipo de interés nominal anual, los gastos aplicables a partir del momento en que se celebra el contrato y las condiciones en las que podrán modificarse; b) una relación del importe, el número y la periodicidad o las fechas de los pagos que deba realizar el consumidor para el reembolso del crédito y el pago de los intereses y los demás gastos, así como el importe total de esos gastos, cuando sea posible; y c) la relación de elementos que componen el coste total del crédito, con excepción de los relativos al incumplimiento de las obligaciones contractuales, especificando cuáles se integran en el cálculo del TAE, e igualmente la necesidad de constitución, en su caso, de un seguro de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular. El art. 7 de la Ley, por su parte, regula con cierto detenimiento (y también confusión) las consecuencias que se derivan por el incumplimiento de las menciones que obligatoriamente deben figurar en el contrato, algo que no hacía la versión primitiva de la Proposición.

Así las cosas, es evidente que la desaparición en la versión modificada de la Proposición de toda referencia a la venta a plazos debe reci-

(38) Así, según el art. 89, "en todo caso, en el momento de la perfección de un contrato de venta a plazos el vendedor deberá entregar al comprador un documento acreditativo del precio total de la transacción comercial y de la cantidad pagada a cuenta, así como de la forma y plazos pactados para pago del resto, debiendo indicarse concretamente cuál es el importe total de cada uno de esos pagos y las consecuencias que tendría para las partes el impago de todo o parte de la deuda", y según el art. 90, "en las operaciones de venta a plazos no solo deberá dejarse constancia escrita del contrato de compraventa o adquisición del producto o servicio, sino que el comerciante deberá además informar de las características sustantivas de la operación".

bir una valoración positiva, al tratarse de una materia suficientemente articulada en nuestro ordenamiento jurídico tras la reciente Ley de Crédito al Consumo. La amplitud con que se define el ámbito de aplicación de la nueva norma (art. 1.1: concesión de un crédito “bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación”) cubrirá en la práctica todas las hipótesis imaginables. Por eso cualquier regulación suplementaria constituiría una redundancia innecesaria.

6. La venta a prueba y la venta a conformidad.

18. En la versión modificada de la Proposición ha desaparecido cualquier alusión a estas operaciones. La *venta a prueba* estaba regulada en el art. 93 de la versión inicial, donde se reconocía al comprador el derecho a devolver la mercancía si, una vez probada, no funcionaba correctamente o no cumplía los requisitos o condiciones para las que se creía adecuada a la vista de la información recibida. Frente a la solución de la Propuesta, que parecía partir de la existencia de una compraventa perfecta de la que podía desistir el comprador devolviendo la cosa adquirida si resultaba defectuosa o no conforme con la información suministrada por el vendedor, la regla del Código es que la venta “a calidad de ensayo o prueba” se presume hecha “bajo condición suspensiva”, lo que se interpreta por la jurisprudencia en el sentido de que “la operación se perfecciona cuando una vez comprobadas las cualidades de la cosa y su utilidad para el destino previsto, es aceptada por el comprador, asumiendo las obligaciones que le incumben y por lo tanto la del pago del precio” (39). Por eso la regulación de la venta a prueba contenida en la versión inicial de la Proposición obedecía, más que a la regla del Código Civil, a la del art. 328 II del Código

(39) Son palabras de la STS de 15 de noviembre de 1983, que, de acuerdo con el parecer doctrinal mayoritario [por todos, A. LOPEZ LOPEZ, *Comentario del Código Civil*, II (1991), p. 900], estima que la presunción de entender hecha la venta a calidad de ensayo o prueba bajo condición suspensiva es, a pesar del adverbio empleado por el art. 1453 CC (“siempre”), meramente *iuris tantum*, puesto que resulta “configurable por los contratantes bajo condición resolutoria o suspensiva en lícito ejercicio del principio de autonomía negocial”. Con la misma doctrina, para la compraventa a prueba o ensayo de una maquinaria de segunda mano, la SAP Girona, Sección 1ª, de 16 de septiembre de 1992 (*Act. Civ.* 1993, 120). Esta articulación de la venta a prueba como sometida a condición suspensiva se mantiene en Códigos bien recientes, como es el caso del italiano (art. 1521) o del holandés (art. 45.1 del Libro 7).

de Comercio, que, presuponiendo la existencia de una compraventa ya perfecta y eficaz, reconoce al comprador a prueba, con terminología equivocada pero sin duda elocuente, un "derecho de rescisión".

La desaparición en la versión modificada de la Proposición de toda referencia a la venta a prueba no significa la desprotección del consumidor adquirente, pues éste siempre se encuentra asistido de la posibilidad de invocar, si pretende devolver al comprador la cosa adquirida una vez que la prueba no colma las expectativas que había depositado en ella, lo previsto en el art. 1453 CC. Además, el hecho de que este precepto presuma, siquiera sea *iuris tantum*, que la venta a prueba se entiende realizada bajo condición suspensiva coloca al consumidor en una posición más ventajosa que el art. 93 de la versión inicial de la Proposición(40). La destrucción del carácter de venta sujeta a condición suspensiva no puede ser impuesta por el vendedor en un condicionado general, ni tampoco el abono de los gastos o deterioros inherentes a la prueba de la cosa.

19. El art. 93 de la versión inicial de la Proposición contemplaba, junto a la venta a prueba acabada de examinar, la denominada *venta a conformidad*, en la que el adquirente "tiene derecho a devolver libremente el producto, aunque el mismo funcione correctamente y sirva para el fin indicado", en el plazo de diez días contados a partir de la plena puesta a disposición del producto o en un plazo superior si así lo hubieran pactado las partes. La denominación de venta a conformidad era manifiestamente inadecuada, pues, lejos de reconocer al comprador un derecho de desistimiento si el objeto vendido no resultaba *conforme* con las indicaciones proporcionadas por el vendedor o con las expectativas creadas en el comprador, éste podía devolver el producto "libremente", incluso si funcionaba "correctamente" y servía al fin pactado. Su asimilación a la venta *ad gustum* contemplada en el art. 1453 CC tampoco era fácil, ya que ésta tiene por objeto "cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas", lo que no es ciertamente práctica habitual cuando se trata de bienes de consumo. Sea como fuere, en la Proposición modificada ha desaparecido, correctamente a mi modo de ver, cualquier referencia a esta anómala venta a conformidad.

(40) La mejor posición del adquirente estriba en que la pérdida o deterioro de la cosa sin culpa suya, acaecida cuando ésta se encuentra en su poder y posesión en período de prueba, es soportada por el vendedor (art. 1122.1ª y 3ª CC). Por contra, si la venta a prueba, como auspiciaba la Propuesta, se configura como una venta perfecta pero con facultad de desistimiento, es muy verosímil que el comprador deba soportar, ex art. 1452 I CC, tanto la pérdida como el deterioro de la cosa, aun verificados sin culpa suya.

7. *La venta a pérdida.*

20. Según el art. 13.1 de la versión modificada de la Proposición, “los precios de venta de los artículos serán libremente determinados y ofertados con carácter general, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de defensa de la libre y leal competencia, con las excepciones establecidas en las leyes”. El precepto parte del mismo principio que el art. 17.1 LCD, para el que “salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre”. Sólo con carácter excepcional puede el Gobierno, previa audiencia de los sectores afectados, fijar los precios o los márgenes de comercialización de determinados productos, así como someter sus modificaciones a control o a previa autorización administrativa(41). La consagración de un principio general de libre fijación de precios por parte del comerciante es coherente con el sistema de economía de mercado garantizado en el art. 38 CE, pues ciertamente forma parte de la libertad de empresa de que es titular todo comerciante decidir el precio que ha de pagar quien quiera adquirir sus bienes o recibir sus servicios.

Las limitaciones a este principio general vendrán dadas, de una parte, por razones de interés público justificativas de una intromisión administrativa en esta libertad (en esta clave deben ser interpretadas las hipótesis previstas en el art. 13.2 de la Proposición) y, de otra, por el necesario respeto a las normas reguladoras del correcto y leal funcionamiento del mercado, contenidas en la Ley de Defensa de la Competencia y en la Ley de Competencia Desleal. Así, en particular, la libertad de referencia no puede derivar en una práctica discriminatoria del empresario hacia sus consumidores “en materia de precios”, que merecerá un juicio de deslealtad a no ser que medie causa justificada (art. 16.1 LCD). Ni tampoco legitima en todos los casos una venta realizada por debajo del precio de adquisición o bajo coste, pues habrá veces en que esa práctica, aun siendo una manifestación de la libertad constitucional de fijación de precios, sea lesiva para el propio funcionamiento del mercado y se haga acreedora de un juicio de deslealtad (art. 17.2 LCD).

21. La Proposición de Ley de Ordenación del Comercio Minorista, en cambio, supone un notabilísimo cambio de perspectiva en tema de venta a pérdida, ya que de la consagración de su licitud como princi-

(41) Los casos en que es lícita esa actividad de ingerencia administrativa se recogen en el art. 13.2:

pio general se pasa a la posición justamente contraria(42). Ahora resulta que, según el art. 14.1 de la Proposición, la venta a pérdida, fuera de determinadas ventas promocionales, en concreto la venta de saldos y la venta en liquidación, está prohibida(43). Esta medida prohibitiva probablemente contará con el respaldo de quienes han estimado que la venta a pérdida atenta contra los principios del orden constitucional económico(44).

Sin embargo, las cosas no son así. En primer lugar, la venta a pérdida no estaba prohibida *con carácter general* por el art. 3.d) de la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963. Lo único que entonces se sancionaba eran las estrategias de precios predatorios que, en razón de las circunstancias concretas en que eran realizadas (p.ej., en posición de dominio), tendían a la eliminación de competidores. No podía hablarse, por tanto, de la existencia de un principio prohibitivo de la venta a pérdida. Pero es que, en segundo lugar, no faltan razones para entender que una prohibición de esa naturaleza, con el rasgo de generalidad que le imprime el art. 14.1 de la Proposición de Ley de Ordenación del Comercio Minorista, no se ajusta a nuestra Constitución. En un país dotado de un sistema de economía de mercado altamente similar al nuestro como es Austria, el Tribunal Constitucional

a) Cuando se trate de productos de primera necesidad o de materias primas estratégicas.

b) Cuando se trate de bienes producidos o comercializados en régimen de monopolio o concesión administrativa.

c) Como medida complementaria de las políticas de regulación de producciones o de subvenciones u otras ayudas a empresas o sectores específicos.

d) Excepcionalmente y mientras persistan las circunstancias que aconsejen la intervención, cuando, en un sólo caso determinado, se aprecie ausencia de competencia efectiva, existan obstáculos graves al funcionamiento del mercado o se produzcan situaciones de desabastecimiento.

(42) La misma apreciación en M. TRONCOSO Y REIGADA, *La Ley 1994-4*, p. 977.

(43) El art. 14.1 admite otras excepciones que, tal y como están formuladas, no resultan de fácil comprensión, particularmente la primera de ellas. Así, se admite esta práctica si quien la realiza tiene por objetivo alcanzar los precios de uno o varios competidores para afectar, significativamente, a sus ventas, así como si se trata de artículos perecederos en las fechas próximas a su inutilización.

(44) En este sentido, A. FONT I RIBAS, "Liquidacions a preu de saldo: las rebaixes liquidades", *RJC 1987*, p. 717, quien además entendía prohibida la venta a pérdida por el art. 3.d) de la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963. En el Derecho belga está prohibida no sólo la venta a pérdida, sino también aquélla que proporciona al comerciante un margen de beneficio extremadamente reducido, expresión largamente discutida por la doctrina (cfr. B. MICHAUX, "La vente des produits avec marge bénéficiaire exceptionnellement réduite. Une approche économique de l'interdiction légale", *Rev.Dr.Comm.Bel.*, 1992, pp. 370 ss.).

federal estimó en su Sentencia de 15 de junio de 1990 que la prohibición generalizada de venta a pérdida constituye una intromisión desproporcionada e inconstitucional en la libre actividad empresarial(45). Con todas las cautelas que deben rodear cualquier intento de importación de doctrinas procedentes de sistemas jurídicos foráneos, estimo que la solución en el Derecho español no puede ser distinta, una vez admitido que la libertad de fijación de precios es una manifestación del principio de libertad de empresa reconocido en el art. 38 CE.

Contra esta opinión no cabe esgrimir la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 24 de noviembre de 1993 (caso *Keck-Mithouard*; asuntos C-267/91 y C-268/91), que considera no contraria al art. 30 del Tratado CEE la normativa francesa prohibitiva de la venta a pérdida(46). La Sentencia tiene una notable importancia por el giro radicalmente nuevo que confiere al sistema de relaciones entre el Derecho comunitario y la regulación interna de las prácticas comerciales(47), y es muy verosímil que su doctrina sea asumida por el Tribunal de Luxemburgo cuando llegue el momento de pronunciarse sobre otras cuestiones prejudiciales actualmente pendientes planteadas a propósito de la venta a pérdida(48). La jurisprudencia

(45) Cfr. G. SCHRICKER, "Últimos desarrollos del Derecho de la competencia desleal en Europa", *RGD* 583 (1993), p. 3309.

(46) La Sentencia resuelve una cuestión prejudicial planteada por el *Tribunal de Grande Instance* de Estrasburgo, en el marco de un proceso penal emprendido contra dos comerciantes franceses que habían sido sancionados, en aplicación de la legislación de aquel país, por haber vendido determinados productos (café y cerveza) por debajo del precio de coste. La resolución, aún no publicada en el *Recueil* de jurisprudencia comunitaria, puede consultarse en *Gaceta Jurídica CEE*, B-90, 1993, pp. 55 ss. Sobre la situación del Derecho francés en materia de venta a pérdida, afectada indirectamente por sendas leyes de 31 de diciembre de 1992 y 29 de enero de 1993, cfr. D. MAINGUY, "La nouvelle revente à perte", *JCP Cah.Dr.Ent.*, Supplément 1993-3, pp. 22 ss. Para otra condena penal por venta a pérdida, cfr. J.-J. BURST/J.-M. MOUSSERON, "Le seuil de revente à perte (Obs. sous Metz 26 septembre 1991)", *JCP Cah.Dr.Ent.*, Supplément 1993-2, pp. 15 ss.

(47) Lo que la doctrina ha subrayado rápidamente; cfr. M. A. DAUSES, "La prohibición de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia", *Gaceta Jurídica CEE*, D-22, 1994, pp. 291 ss., y M. GARDEÑES SANTIAGO, "Acerca de los límites de la noción de medida equivalente: a propósito de la Sentencia *Keck* del TJCE, de 24 de noviembre de 1993", *Gaceta Jurídica CEE*, B-97, 1994, pp. 5 ss.

(48) Así, el asunto C-63/94 (*Groupement national des négociants en pommes de terre de Belgique c/ I.T.M. Belgium SA et Vocarex SA*), referido a una cuestión planteada por el Tribunal de Comercio de Mons sobre el ajuste al art. 30 del Tratado CEE de la normativa belga que prohíbe la venta a pérdida. Parecidamente, el asunto C-211/94, procedente del *Tribunal de Grande Instance* de Caen, aunque aquí el precepto implicado no es el art. 30 del Tratado, sino la letra f) del art. 3, y los arts. 5, 85 y 86. En el asunto

comunitaria que examina la licitud de la venta a pérdida lo hace tomando como referencia de comparación el Derecho de la CEE, y no el ordenamiento constitucional de los Estados miembros. Dicho en otros términos, el Tribunal de Luxemburgo no emite un juicio de constitucionalidad de la venta a pérdida, sino, más modestamente, un juicio de ajuste al Derecho comunitario de esa modalidad de venta.

En conclusión, la mejor manera de abordar la regulación de la venta a pérdida es la que hoy recoge el art. 17 LCD: consagración del principio de libertad de precios y represión, por representar un comportamiento objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, de las prácticas de precios predatorios más intolerables por inducir a error a los consumidores sobre los precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento, desacreditar la imagen de un producto o un establecimiento ajenos o formar parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o a un grupo de competidores del mercado(49).

22. La intervención de la Proposición no se limita a prohibir la venta a pérdida, sino también a dirimir un aspecto muy discutido en la doctrina: el de cuándo debe entenderse producida una venta a pérdida. El art. 17.2 LCD se limita en este aspecto a reputar desleal, en los casos ya mencionados, la venta realizada "bajo coste, o bajo precio de adquisición", pero no aclara cómo se calcula a estos efectos el "coste" o el "precio de adquisición" de los productos que se dicen vendidos a pérdida(50). Ahora la Proposición de Ley de Ordenación del Comercio

primeramente citado, las conclusiones presentadas por el Abogado General el pasado 23 de marzo de 1995 se orientan desde luego en el sentido marcado por la Sentencia de 24 de noviembre de 1993: "El art. 30 del Tratado CEE no se aplica a una disposición nacional, formulada en términos generales, que prohíba, asimilándola a una venta con pérdida, la venta a pérdida que, aun siendo superior al precio al que se facturó el producto en el momento de su suministro, sólo produce un margen de beneficio extremadamente reducido si, como ocurre en el caso de la disposición controvertida, dicha disposición se aplica a todos los operadores (mayoristas y minoristas) que ejercen su actividad en el territorio nacional y afecta de la misma manera, de Derecho como de hecho, a la comercialización de los productos nacionales y de los procedentes de otros Estados miembros".

(49) El último apartado del art. 14.1 de la Proposición ("en todo caso, deberá respetarse lo dispuesto en la Ley sobre competencia desleal") demuestra el desconocimiento con que se mueve el legislador en este ámbito. En efecto, resulta muy contradictorio que primero se sienta un principio general de interdicción de la venta a pérdida y luego se afirme que "en todo caso" habrá que respetar la LCD, que parte cabalmente del principio contrario.

(50) Esta ausencia de criterio legal ha sido colmada acudiendo sobre todo a la rica praxis norteamericana. Sobre este particular, con información suficiente a nuestros efectos, A. FERNANDEZ ARAOS Y GOMEZ ACEBO, "Libre competencia y precios predatorios: análisis jurídico del problema y bases para una propuesta de aplicación

Minorista considera que hay venta a pérdida cuando el minorista practica un precio inferior al de adquisición según factura, deducida la parte proporcional de los descuentos o modificaciones que no figuren en la misma, o al de reposición si éste fuese inferior a aquél o al coste efectivo de producción si el producto se hubiese fabricado por el propio comerciante, incrementados en las cuotas de los impuestos indirectos que graven la operación (art. 14.2, matizado por el apartado tercero del mismo precepto).

Con independencia del mayor o menor acierto de la norma a la hora de caracterizar la venta a pérdida, resulta desde luego criticable que esta definición se lleve a cabo en el marco de una Ley de Comercio, cuando lo apropiado hubiera sido llevarla, caso de estimarse necesaria, a la de Competencia Desleal. Una mínima coherencia sistemática entre las normas aconsejaba desde luego esta opción, aunque parece claro que la decidida voluntad de la Proposición es ignorar la previa regulación de la venta a pérdida contenida en la LCD, y esa es con seguridad la razón por la que la Proposición, además de sentar el principio justamente contrario al que auspicia esa ley, se presenta como autónomamente reguladora de la venta a pérdida.

23. Los conflictos que hasta la fecha se han suscitado a propósito de la venta a pérdida enfrentan a empresarios competidores, sin participación alguna de los consumidores o de sus asociaciones(51), aunque en ellas se sientan criterios de interpretación del art. 17.2 LCD que delimitan el papel que los intereses de los consumidores cumplen en la tipificación de la deslealtad de la venta a pérdida. Así sucede, en particular, además de con ciertas Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que han validado la extendida práctica comercial de ven-

administrativa y jurídica en España", *La Ley* 1992-1, pp. 1089 ss., y allí más referencias. También R. ALONSO SOTO, "Supuestos de competencia desleal por venta a pérdida y discriminación", en A. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, 1992, pp. 81 ss., y J. SANCHEZ-CALERO GUILARTE, "La venta a pérdida como supuesto de competencia desleal (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2ª, de 12 de junio de 1992)", *RGD* 589-590 (1993), pp. 10344 ss., y en particular, sobre las dudas para caracterizar la venta a pérdida, pp. 10349 ss.

(51) Así, en el caso resuelto por la mencionada SAP Cádiz, Sección 2ª, de 12 de junio de 1992 (*Ar.Civ.* 1992, 847), intervino como demandante una empresa editora de una revista semanal dedicada a la publicación de anuncio de compra y venta entre particulares, y como demandada otra empresa del mismo ramo. La SAP Santander, Sección 2ª, de 12 de mayo de 1993 (*Ar.Civ.* 1993, 1020; *Act.Civ.* 1993, 1115) dirime un conflicto entre la Unión Cantabra de Empresarios Detallistas de Alimentación y un hipermercado de la cadena Pryca.

der 'dos al precio de uno' (52), con la citada SAP Santander, Sección 2^a, de 12 de mayo de 1993, que resolvió un supuesto en el que no había duda de que el hipermercado demandado vendía diversos productos de consumo en el hogar (azúcar, detergente, aceite...) por debajo del precio de adquisición (53). La Audiencia parte correctamente del derecho de libre fijación de precios que asiste al comerciante y de la licitud general de la venta a pérdida. Sin embargo, ante la denuncia de que la práctica observada por el hipermercado estaba incurso en el juicio de deslealtad del art. 17.2.a) LCD (inducción a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento), se ve en la necesidad de ahondar en cuáles son los rasgos que permiten calificar la venta a pérdida como desleal por esa razón. Y es aquí donde la Sentencia, cuyo pronunciamiento de fondo comparto, se muestra más aprovechable. Sus conclusiones se pueden exponer del siguiente modo:

— La inducción a error de que habla el art. 17.2.a) LCD no puede lógicamente deducirse del solo hecho de que la venta sea hecha bajo precio de coste, ya que de ser así la ley la habría calificado siempre como desleal. Tampoco es dable establecer esa inducción "de la diferencia porcentual entre el precio de venta y el precio de adquisición, pues este último en cuanto desconocido para el consumidor no puede calificarse como elemento determinante del error".

— No es correcto interpretar el art. 17.2.a) LCD a la luz del criterio que proporciona el art. 8.2 LCD para presumir la deslealtad de la venta con obsequio. Por eso no hay razón que permita afirmar que una venta con precio inferior en más de un 15% al de adquisición sea apta para inducir a error a los consumidores. Puede haber, en efecto, ventas realizadas a un porcentaje de pérdida inferior al 15% y que, sin embargo, merezcan un juicio de deslealtad.

— La posibilidad de error en el consumidor decae completamente "cuando la venta se acompaña de información relativa a que se trata de una oferta por razones especiales (aniversario, días señalados de festividad, promoción del fabricante por ser nuevo en el mercado, etc.)

(52) Referencias en R. ALONSO SOTO, "Supuestos de competencia desleal por venta a pérdida y discriminación", en A. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, 1992, p. 86.

(53) Es una práctica comercial relativamente extendida la que consiste en concentrar todos los descuentos hechos a la gran superficie por el mayorista en unos pocos productos, que son precisamente los que se venden a pérdida [I. CRUZ ROCHE, "Promociones en precios y venta a pérdida", *Información Comercial Española*, 739 (1995), p. 112].

que revelan al consumidor la razón de la venta al precio en cuestión con signos de verosimilitud". Precisamente esto era lo que sucedía en el caso litigioso, donde las dos operaciones denunciadas por la asociación actora fueron rodeadas por el hipermercado con anuncios alusivos a que se trataba de ocasiones especiales (aniversario del centro y vuelta a casa de vacaciones).

— En última instancia, los productos que se vendían con precio predatorio constituían la inmensa minoría de los existentes en la superficie comercial. Sobre este aspecto, la Audiencia aclara que, "frente a los cientos de productos que se venden normalmente en un gran almacén o gran superficie, los alegados como de venta a pérdida no superarán la decena, por lo que en definitiva tampoco los términos comparativos permiten atisbar la posibilidad de dicho error".

A mi juicio, la Sentencia merece una valoración positiva aunque suscita por lo menos un par de reflexiones. En primer lugar, un aspecto bastante problemático es el de determinar en qué consisten y, sobre todo, con qué periodicidad pueden acaecer, las situaciones "especiales" que según la Audiencia justifican un periodo transitorio de venta a pérdida. Pues no resulta lógico que, estando temporalmente limitada por la Ley de Comercio la práctica de venta con rebajas (v. *infra* núm. 26), no lo esté en cambio la venta a pérdida, que en términos reales produce los mismos efectos tanto para el consumidor como para los competidores. En segundo lugar, no puede obviarse que la venta a pérdida, aun practicada sobre un reducido número de los productos ofrecidos por el comerciante, ejerce un poderoso atractivo sobre los consumidores, y que de ordinario el consumidor que entra a un establecimiento, particularmente si es una gran superficie, atraído por los productos que se venden a pérdida, acaba adquiriendo otros productos ofertados al precio de mercado, acaso en detrimento de otros comerciantes. Este eventual comportamiento de los consumidores no es un elemento valorado por la Sentencia que se comenta.

8. *Las ventas promocionales: ventas en rebajas, ventas de saldos y ventas en liquidación.*

24. El Título II de la Proposición modificada regula las "actividades de promoción de ventas", y entre ellas enumera las ventas en rebajas, las ventas en oferta o promoción, las ventas de saldos, las ventas en liquidación, las ventas con obsequio y las ofertas de venta directa (art. 19.1). Con todo, el art. 27.1, cuando se refiere a las ventas de promo-

ción o en oferta como “aquellas no contempladas específicamente en otro de los Capítulos del presente Título”, demuestra que la enumeración de ventas promocionales no es exhaustiva y que hay, o al menos puede haber, otras modalidades de promoción distintas de las acabadas de citar. A esta conclusión no se opone el art. 19.2, cuando sanciona que “las denominaciones antes señaladas únicamente podrán emplearse para anunciar las ventas que se ajusten a la regulación respectivamente establecida en la presente ley, quedando expresamente prohibida la utilización de las citadas denominaciones u otras similares para anunciar ventas que no correspondan al correspondiente (*sic*) tipo legal”, pues esa previsión, lejos de sancionar una *principio de tipicidad* en tema de actividades de promoción de ventas, se limita únicamente a consagrar una regla de salvaguarda del correcto uso de los nombres asignados a las concretas ventas promocionales previstas en la Proposición(54), pero sin impedir la existencia de ventas promocionales diferentes a las reguladas.

La regulación de las actividades de promoción de venta se lleva a cabo sobre la base del dictado de unos preceptos de aplicación general a todas las modalidades reguladas y otros específicos para cada una de esas modalidades. Las normas generales persiguen una *función de transparencia* de este tipo de prácticas, fundamentalmente, aunque no de modo exclusivo, en lo que se refiere al precio de los productos promocionados, que es el elemento que más atracción despierta en el consumidor. Por esa razón se obliga al comerciante a especificar en los anuncios publicitarios la duración de la promoción, a reservar la utilización de la denominación de la práctica comercial de que se trate a aquellos supuestos en que las ofertas comprendan como mínimo la mitad de los artículos puestos a la venta (en caso contrario no se podrá anunciar como medida general, sino referida exclusivamente a los artículos o sectores a los que realmente afecte), a hacer constar tanto el precio antiguo como el que se aplicará durante el periodo de promoción y a separar debidamente los artículos a precio normal de aquellos con precio reducido, de forma que no pueda “razonablemente” inducirse a error a los consumidores (v. arts. 20, 21 y 22 de la Proposición).

25. Desde la perspectiva del consumidor es comprensible que las ventas en rebajas, las ventas de salvos y las ventas en liquidación no

(54) En este aspecto, además, la Proposición no es especialmente rígida, pues admite que la venta de saldos se anuncie como “venta de restos” (art. 29.1) y que la venta en liquidación sea puesta en práctica con esa denominación u “otra equivalente” (art. 30.1).

sean siempre nítidamente distinguidas, puesto que las tres participan de un rasgo común que es el que más retiene su atención: el hecho de tratarse de ventas que se realizan por un precio inferior al normal. Sin embargo, la regulación de la Proposición (y ya antes la de las Comunidades Autónomas con normativa propia) permite trazar de un modo relativamente claro la diferenciación de estos tipos de ventas, tanto en el plano conceptual como en el temporal.

El tipo más simple es el de la *venta en rebajas*, en la que los productos afectados por la promoción se ofertan "a un precio inferior al fijado antes de dicha venta" (art. 24.1)(55). Los bienes incluidos en las rebajas han de presentar la misma calidad que la que tenían en el momento anterior a la rebaja, y encontrarse además en perfecto estado, ya que el art. 26.2 prohíbe que se oferten como rebajados artículos deteriorados; si así ocurriera, no se trataría ya de venta en rebajas sino de saldos. La rebaja del precio de uno o varios productos aislados no da lugar a una venta con rebajas, sino a un simple descuento.

En la *venta de saldos* también se venden los bienes a un precio inferior al normal(56), pero en atención a las propias condiciones intrínsecas del bien, o sea, porque su valor de mercado aparece manifiestamente disminuido "a causa del deterioro, desperfecto, desuso u obsolescencia de los mismos", en palabras del art. 28.1 de la Proposición. La venta de determinados bienes por debajo de su precio habitual no obedece aquí a una decisión del comerciante de poner sus productos en el mercado a un precio inferior para atraerse clientela, sino al hecho indubitado de que ningún cliente medio estará dispuesto a pagar por esos bienes, en razón de estado en que se encuentran, el precio habitual, lo que obliga de hecho al comerciante, si quiere desprenderse de esos incómodos *stocks*, a ofrecerlos a un precio sensiblemente menor(57). Además, puesto que habrá

(55) No parece preciso, sin embargo, que la oferta de rebajas se realice "en el mismo establecimiento en el que se ejerce habitualmente la actividad comercial", según dice el precepto, pues nada impide que la venta en rebajas se realice fuera de establecimiento comercial.

(56) No cabe calificar como venta de saldos, según el art. 28.2, la de aquellos productos que "no se venden realmente por precio inferior al habitual". La venta de saldos no tiene que ser *necesariamente* una venta a pérdida, aunque en la mayor parte de los casos así será.

(57) No es lícito confundir la venta de saldos con la venta con descuento, o, más en general, con la venta que se realiza en el marco de una promoción consistente en una reducción de precios. Una y otra tienen en común la venta de productos a precios inferiores a los normales, pero lo característico de la venta de saldos es el carácter de los productos que se venden (obsoletos, deteriorados, etc.), mientras que en la venta con

compradores que no estarán dispuestos a concertar la operación, por barata que sea, si el producto está deteriorado o es defectuoso, el art. 29.2 exige que esa circunstancias consten "de manera precisa y ostensible". No se impone obligación análoga cuando los productos ofertados padecen de desuso u obsolescencia (p.ej., una prenda de vestir pasada de moda), probablemente porque en estos casos cualquier consumidor medio está en condiciones de apercibirse por sí solo, sin necesidad de una información adicional específica, de esa circunstancia.

La *venta en liquidación*, en fin, es un episodio "de carácter excepcional y de finalidad extintiva de determinadas existencias de productos" debido a cualquiera de las circunstancias que recoge el art. 30.1: en ejecución de una decisión judicial o administrativa, o llevada a cabo libremente por el comerciante por cesación total o parcial de la actividad comercial, por cambio de ramo de comercio o modificación sustancial en la orientación del negocio, por cambio de local o realización de obras o de importancia o por cualquier supuesto de fuerza mayor que cause grave obstáculo al normal desarrollo de la actividad comercial. Se trata de una modalidad de venta *causalizada*: únicamente cabe vender bienes "en liquidación" si se está en presencia de alguna de las circunstancias mencionadas(58). Por eso la desaparición sobrevenida del motivo que la originó (así como, lógicamente, la venta efectiva de los productos del negocio liquidado) determina su cesación (art. 30.2). La excepcionalidad de esta modalidad de venta es probablemente su rasgo más individualizador.

26. También en el plano temporal existen señaladas diferencias entre la venta en rebajas, la venta de saldos y la venta en liquidación. Las rebajas son por naturaleza periódicas, en el sentido de que se lle-

precios reducidos los productos son nuevos. En Francia, son comunes los intentos de denunciar como ventas con saldos (prohibidas, y además sancionadas penalmente) prácticas que no pasan de ser ventas con descuento. Así, una campaña promocional ("7 jours coup de foudre. Tout Bouchara à -20%") que no tiene por objeto facilitar la salida al mercado de bienes en *stock*, sino nuevos, no es una venta de saldos; cfr. F. CAQUELIN, "Ventes de soldes et opérations promotionnelles sur les prix", *JCP Cah.Dr.Entr.*, Supplément 1993-6, pp. 30 ss.

(58) Aunque la distinción carece por completo de consecuencias en el plano legislativo, es posible distinguir una liquidación *heterónoma*, impuesta al comerciante desde fuera (la ordenada por el Juez o por la Administración), y una liquidación *autónoma*, libremente decidida por el comerciante en atención a alguna de las varias causas que, según la Proposición, le permiten anunciar sus ventas como "en liquidación". Obvio es decir que, aun pudiendo vender en liquidación, ningún comerciante está obligado a hacerlo.

van a cabo, o al menos existe esa posibilidad, cada cierto tiempo(59). Una ojeada a la realidad demuestra que el recurso a las rebajas es una actividad practicada con más o menos habitualidad por todos los comerciantes, y, particularmente en algunos sectores (p.ej., prendas de vestir), en la misma época. La venta de saldos no participa de esta característica. Es posible que un comerciante no venda saldos en ningún momento de su vida empresarial si tiene, como es lo habitual, otros cauces para desprenderse de la mercancía deteriorada, defectuosa, desusada u obsolescente. Los canales de distribución exigen por eso que haya determinados establecimientos específicamente consagrados a la venta de saldos (cfr. art. 28.3 *in fine*). Tampoco la venta en liquidación puede presentar, por su propia naturaleza, el mismo carácter cíclico que la venta en rebajas. Puesto que la venta en liquidación obedece a unas causas muy concretas y determinadas, sólo procederá cuando concurra alguna de ellas. El art. 31.1 se preocupa además de limitar temporalmente el periodo de liquidación, y de impedir la reiteración fraudulenta de las liquidaciones (cfr. art. 32.2, apartado segundo).

Las diferencias que median entre estas modalidades de venta no sólo excluyen, si se observan como es debido las reglas de información, cualquier confusión en los consumidores sobre la índole de la venta que concertan, sino que, además, impiden que los comerciantes se valgan indistintamente de estas actividades promocionales, acogiendo a una u otra según convenga a sus intereses.

9. La venta en pirámide y la venta multinivel.

27. La venta en pirámide, también llamada en cadena o 'bola de nieve', es una actividad promocional expresamente prohibida por la Proposición modificada(60). En efecto, su art. 23, al par que la define ("práctica comercial consistente en inducir a no comerciantes a la compra de productos o servicios, haciendo depender una reducción de su precio o incluso su gratuidad, del número de clientes que consigan,

(59) Según el art. 25, hay dos temporadas de rebajas al año (una al principio y final de año y la otra en torno al periodo estival de vacaciones) cuya duración decide el comerciante entre un mínimo de una semana y un máximo de dos meses, si bien las Comunidades Autónomas competentes pueden fijar "fechas concretas" dentro de las cuales tengan lugar las rebajas.

(60) No así en la versión inicial de la Proposición, que remitía a la vía reglamentaria la determinación de sus "características y reglas aplicables" (art. 87).

directa o indirectamente, para el organizador o para un tercero, o del volumen que obtengan de terceros”), decreta su prohibición. De este modo se trata de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la misma regla prohibitiva que ya tienen recogida la totalidad de las leyes sobre prácticas comerciales del entorno europeo y las de procedencia autonómica.

En la *venta piramidal* un vendedor promete a cada uno de sus compradores una reducción del precio a condición de que éstos recluten un cierto número de compradores, los cuales, a su vez, se benefician de la misma reducción, y así sucesivamente. Este procedimiento conduce a una progresión geométrica del número de compradores, que deriva en una rápida saturación del mercado que imposibilita el reclutamiento de nuevos compradores. Sin embargo, los consumidores desconocen normalmente la imposibilidad de lo que se les exige para acceder a la reducción del precio, por lo que compran con la esperanza de una ventaja meramente ilusoria(61). De ahí que la venta en pirámide esté radicalmente prohibida.

28. En el ámbito del marketing se ha trazado una distinción entre la venta piramidal propiamente dicha y la *venta multinivel*, entendiéndose que ésta no se debe prohibir(62). La definición del art. 23, sin

(61) La caracterización de la venta piramidal que se hace en el texto, que tomo de J. CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*², 1986, p. 124, es la que se asume igualmente por los especialistas del marketing empresarial. Por todos, cfr. J. MIR/A. MOLLA, “Venta domiciliaria, multinivel y piramidal. Conceptualización y diferenciación”, *Distribución y Consumo*, 10 (1993), pp. 73 ss., para quienes las principales características de este sistema de venta se centran en la promesa de grandes ganancias por parte de los vendedores, la exigencia de grandes pagos de introducción en el sistema, la escasa formación de los consumidores-vendedores y la potenciación de grandes compras iniciales de los productos. El alcance de la progresión geométrica es realmente espectacular: si se estimula a cada nuevo vendedor a juntar sólo seis compradores adicionales, en nueve etapas se habrían reclutado a más de diez millones de vendedores, apenas en once etapas habría más vendedores que habitantes en Estados Unidos y en el decimotercer nivel se excedería toda la población mundial.

(62) La diferencia se hace radicar en que la venta multinivel basa su estrategia en descuentos por el volumen de ventas realizadas, y por ello dedica una gran atención a todo su entorno comercial así como a la calidad de los productos comercializados. En cambio, la venta piramidal vende el reclutamiento, el entrar a formar parte de la organización, de tal manera que su principal fuente de ingresos estriba en las cuotas de los captados, de los incorporados a la pirámide, por lo que dedica escasa atención a las técnicas de venta y a los propios productos. La venta multinivel, además, no requiere el desembolso de grandes cantidades de dinero al empezar a trabajar; en la venta piramidal, sin embargo, es preciso realizar fuertes desembolsos económicos; cfr. J. MIR/A. MOLLA, “Venta domiciliaria, multinivel y piramidal. Conceptualización y diferenciación”, *Distribución y Consumo*, 10 (1993), p. 75.

embargo, cubre también la venta multinivel. En efecto, el precepto se refiere no sólo a la reducción de precios motivada por la incorporación al sistema de nuevos adeptos ("el número de clientes que consigan, directa o indirectamente, para el organizador o para un tercero", en palabras del precepto), lo que constituiría la venta piramidal en sentido estricto, sino también la reducción de precios subsiguiente a la obtención de un determinado volumen de ventas, que sería el caso de la venta multinivel. Por tanto, según la Proposición están prohibidas tanto la venta piramidal en sentido estricto como la venta multinivel.

10. Las ventas con obsequio.

29. El art. 9 LCU remitía a una "regulación específica" la determinación de "los casos, forma, garantía y efectos correspondientes" derivados de "la utilización de concursos, sorteos, regalos, vales premio o similares, como métodos vinculados a la oferta, promoción o venta de determinados bienes". Los arts. 32 a 34 de la versión modificada de la Proposición recogen esa regulación específica, con la denominación de ventas con obsequio(63). Esta práctica comercial consiste en la prestación de una determinada ventaja económica, entendida esta expresión en un sentido amplio, hecha por el empresario al consumidor que adquiere un producto o recibe un servicio(64).

La venta con obsequio no merece un juicio general desfavorable desde la perspectiva del Derecho de la competencia desleal. En efecto, el art. 8.1 LCD no prohíbe la entrega de obsequios, ni considera que esa práctica sea de suyo desleal(65). Antes al contrario, partiendo de

(63) Si lo que hay es una *publicidad* en la que se anuncia que el comerciante ofrece un incentivo por la compra de un bien o la prestación de un servicio, su eficacia vinculante deriva del art. 8.1 LCU, que habilita al consumidor para reclamar el obsequio anunciado.

(64) F. VICENT CHULIA ["Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal", RGD 589-590 (1993), pp. 10002 ss.], se refiere a esta práctica como "publicidad en especie", denominación que, a lo que parece, también utiliza J. MASSAGUER (v. nota 33 del trabajo de VICENT). Ese nombre puede ser admitido para referirse a la publicidad que consiste en ofrecer un regalo con independencia de la celebración de cualquier tipo de contrato, pero no resulta apropiado aplicarlo a los regalos o primas que ofrece un comerciante no para cualesquiera consumidores, sino únicamente para aquellos que celebran contratos con él. Para este último grupo de casos, es preferible hablar de *venta con regalo* (o prima, o incentivo, etc.).

(65) En el marco de la LCD se ha sostenido que el art. 8 LCD sólo se ocupa de la actividad de promoción de ventas que consiste en regalos, primas y lotes, pero no de la consistente en ventajas temporales en los precios, cuya reglamentación, en los aspectos

su licitud general, reputa desleal la entrega de obsequios con fines publicitarios y prácticas comerciales análogas (sorteos, concursos, rifas) únicamente "cuando, por las circunstancias en que se realicen, pongan al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal", lo que remite a un análisis singularizado y circunstanciado de cada caso. Algún sector doctrinal ha manifestado cierta prevención en contra de este tipo de prácticas, proponiendo que en la valoración de los obsequios no se parta como principio de su absoluta neutralidad, sino más bien al contrario(66). Esta apreciación, sin embargo, no resulta ajustada a la posición de principio que en esta materia adopta la LCD, favorable a la licitud de la práctica.

administrativos, quedaría remitida a la legislación autonómica, que desde luego constituiría norma jurídica reguladora de la actividad concurrencial en el sentido del art. 15.2 LCD [en ese sentido, F. VICENT CHULIA, *RGD* 589-590 (1993), pp. 10003]. Esta opinión, con todo, deja imprejuizada una importante cuestión: la de la posibilidad que tienen las Comunidades Autónomas de inmiscuirse normativamente en la legislación sobre competencia desleal. En efecto, pese a que las Sentencias del Tribunal Constitucional 88/1986, de 1 de julio [FJ 8.e)] y 264/1993, de 27 de julio (FJ 4.B) declararon sin ambages la titularidad exclusiva del Estado *ex* art. 149.1.6ª CE sobre competencia desleal y defensa de la competencia, determinadas intervenciones normativas de las Comunidades Autónomas han movido justamente a cierto sector doctrinal a propugnar el dudoso ajuste al sistema de reparto de competencias de tales medidas [así, con diversas aproximaciones, A. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, "Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal", en A. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, 1992, p. 33; R. ALONSO SOTO, "Supuestos de competencia desleal por venta a pérdida y discriminación", en el mismo volumen colectivo, p. 87; y J. SANCHEZ-CALERO GUILARTE, "La venta a pérdida como supuesto de competencia desleal (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2ª, de 12 de junio de 1992)", *RGD* 589-590 (1993), pp. 10350-10351]. Sólo las aportaciones doctrinales anteriores a las Sentencias constitucionales obvian cualquier referencia al problema del reparto de competencias; *cfr.* M. BOTANA AGRA, "Disciplina de la competencia desleal y regulación de determinadas prácticas comerciales en España", *ADI* 9 (1983), pp. 489-490. La tesis de la "delegación implícita" de la competencia estatal en favor de poderes públicos inferiores, apuntada por algún autor [S. SANCHEZ SOLE, "La violación de normas como acto de competencia desleal (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª, de 21 de marzo de 1994)", *RGD* 604-605 (1995), p. 796], es resueltamente contraria al art. 150.2 CE.

En cualquier caso, la distinción apuntada por el Profesor Vicent puede tener acaso su importancia en el marco del Derecho de la competencia desleal, pero no a los efectos de la Proposición de Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

(66) Así, M. VERGEZ SANCHEZ, "Competencia desleal por actos de engaño, obsequios, primas y otros supuestos análogos", en A. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, 1992, p. 62; de acuerdo, J. J. OTAMENDI RODRIGUEZ-BETHENCOURT, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 1994, p. 186.

Tampoco constituye una práctica desleal la oferta de cualquier clase de ventaja o prima *para el caso de que se contrate la prestación principal*, salvo que "induzca o pueda inducir al consumidor a error acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento, o cuando le dificulte gravemente la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con otras ofertas alternativas", circunstancias que se presumen verificadas "cuando el coste efectivo de la ventaja exceda del quince por ciento del precio de la prestación principal" (art. 8.2 LCD). La por ahora escasa aplicación jurisprudencial del precepto demuestra la importancia de la presunción *iuris tantum* de deslealtad que en él se establece, ya que ahorra a la parte demandante notables gastos de investigación de la deslealtad de la práctica que de otro modo se vería obligado a sufragar con el fin de acreditarla conforme a los parámetros establecidos en el art. 8.2 LCD, además de colocar al empresario demandado en la necesidad de aportar una contraprueba de difícil consecución(67).

30. En el ámbito de la CEE, la Sentencia de 15 de diciembre de 1982(68) hubo de decidir si era conforme al Derecho comunitario que la venta con regalo se supeditara a la existencia de una 'relación de

(67) En el inacabable conflicto entre las grandes superficies y el comercio tradicional, la ya citada SAP Santander, Sección 2ª, de 12 de mayo de 1993 constituye un episodio singularmente curioso. La Unión Cántabra de Empresarios Detallistas de Alimentación demandó al hipermercado de turno (en este caso de la cadena Pryca) para que se declarara la deslealtad, por vulneración del art. 8.2 LCD, de la práctica consistente en obsequiar con una lata de cinco litros de aceite marca 'Carbonell' a los compradores de un jamón serrano marca 'El Castillo', valorado en 965 pts./kilo, y con una botella de vino a los compradores de un pollo asado, cuyo precio era de 495 pts. La Audiencia, confirmando el pronunciamiento del Juzgado, estima la demanda en este punto, pues "la presunción que contempla el precepto [se refiere al art. 8.2 LCD], susceptible de prueba en contrario a tenor del art. 1251 CC, en modo alguno ha sido desvirtuada". En efecto, "acreditado por la pericial practicada que el coste efectivo de las ventajas comentadas excede del 15% de la prestación principal, dato fáctico que conforma la presunción del acto desleal, ninguna actividad probatoria ha desplegado [el hipermercado demandado] que destruya la misma, acreditando la ausencia de grave dificultad en la apreciación del valor de la oferta, o su comparación con otras alternativas". No puede el demandado escapar a la condena de deslealtad alegando que la ventaja era satisfecha por el propio proveedor del producto, ya que, "con independencia de quién sea el que efectúa el concreto abono del coste de la ventaja, su última repercusión lo es para quien oferta la prestación principal que en definitiva obtiene un menor precio en su adquisición, bien directamente (rebaja en el precio), bien mediante la obtención de una prestación complementaria (aceite o vino) que no teniendo contablemente reflejo en el pasivo de quien la oferta [el hipermercado demandado] es adquirida e introducida por éste en el mercado".

(68) Asunto 286/81, *Recueil* pp. 4575 ss. Cfr. C. FERNANDEZ-NOVOA, "La venta con regalo desde la perspectiva del Mercado Común" *ADI* 9 (1983), pp. 229 ss.

consumo' en el Derecho de un Estado miembro y que, sin embargo, fuera absolutamente libre en otro, en cuyo territorio actuaba igualmente la empresa que utilizaba esa práctica comercial(69).

El Tribunal reconoce que "una legislación que limita o prohíbe ciertas formas de publicidad y ciertos medios de promoción de ventas, puede -aunque no afecte directamente a las importaciones- restringir el volumen de las mismas precisamente porque incide en las posibilidades de comercialización de los productos importados", por lo que "no hay que descartar la posibilidad de que el obligar a un empresario a adoptar sistemas publicitarios o de promoción de ventas que difieren de un Estado a otro, o bien a abandonar un sistema que considera particularmente eficaz, pueda constituir un obstáculo a las importaciones incluso si la correspondiente legislación se aplica indistintamente a los productos nacionales y a los productos importados" (apartado 15). Por eso el problema se reduce a discernir si "una prohibición de un sistema de ventas con regalo —tal y como se contiene en la legislación holandesa— puede justificarse por exigencias relativas a la protección de los consumidores y a la lealtad de las transacciones comerciales" (apartado 16). La respuesta es positiva. Para el Tribunal, "es innegable que la oferta de regalos publicitarios como medio de promover ventas puede inducir a error a los consumidores acerca de los precios reales de los productos, y falsear las condiciones en las que se basa una genuina competencia", por lo que "una legislación que por este motivo restringe o incluso prohíbe tales prácticas comerciales, es, por consiguiente, idónea para contribuir a la protección de los consumidores y a la lealtad de las transacciones comerciales" (apartado 18). La ley nacional que adopte el criterio de la 'relación de consumo' para discriminar las ventas con regalo permitidas "no rebasa lo que es necesario para alcanzar los objetivos correspondientes" (apartado 20). La legislación holandesa, por tanto, no se opone a los arts. 30 y 34 del Tratado CEE.

(69) La Sentencia resolvió una cuestión prejudicial planteada por el *Gerechthof* de Amsterdam a propósito de la legislación holandesa sobre venta con regalo (*Wet Bepanking Cadeaustelsel*, de 1977), que, si bien sienta el principio de la prohibición de esta práctica, la permite con carácter excepcional cuando el regalo ofrecido sea usado o consumido al mismo tiempo que todos los productos con respecto a cuya compra tal objeto se entrega (la denominada 'relación de consumo'). La cuestión se suscitó en el marco de un proceso emprendido contra la empresa Oosthoek, de nacionalidad holandesa, que se venía dedicando desde 1974 a la venta en Holanda, Bélgica y una pequeña parte del norte de Francia de enciclopedias en lengua holandesa, ofreciendo como promoción a todos los compradores del producto un diccionario, un atlas universal o una pequeña enciclopedia.

31. Una consideración especial merece, desde la perspectiva de la venta con regalo, la práctica de algunas entidades bancarias de ofrecer a sus clientes ciertos productos (cuberterías, relojes, electrodomésticos, bicicletas, etc.) por la realización de operaciones bancarias tales como la domiciliación de nóminas, la apertura de una cuenta corriente o de una libreta de ahorro o la solicitud de un préstamo personal. No es infrecuente que en la publicidad de ese tipo de prácticas la entrega de esos bienes sea presentada como un obsequio ofrecido por la entidad en razón de la celebración del contrato bancario de que se trate. Estos hechos admiten un análisis desde una triple perspectiva.

(i) En primer lugar, la que proporciona el Derecho de la publicidad, con la interdicción de los mensajes publicitarios engañosos [cfr. arts. 3.b) y 4 LGP y 7 LCD]. El estudio de esta vertiente excede por razones obvias del cometido de este trabajo(70).

(ii) En segundo lugar, la práctica mencionada también es susceptible de un enjuiciamiento desde la perspectiva del Derecho de la competencia. En concreto, se trataría de saber si la práctica descrita es restrictiva de la competencia o desleal. La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de marzo de 1994 responde negativamente(71). En realidad, la práctica que denunciaba la Cámara de

(70) Con todo, conviene dejar constancia de la SAP Zamora de 29 de julio de 1991 [RGD, 576 (1992), pp. 8418 ss.], revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de dicha ciudad de 30 de noviembre de 1990 [RGD, 562-563 (1991), pp. 6387 ss.], sobre una demanda de publicidad engañosa. Según el relato de C. LEMA DEVESA ("La publicidad engañosa en el moderno Derecho español", *La Ley*, 12 de mayo de 1995, p. 3), la Caja de Ahorros Provincial de Zamora había realizado una campaña de promoción de ahorro y de financiación para comprar una cubertería y una enciclopedia. Al mismo tiempo, ofrecía al inversor un regalo como estímulo de su ahorro. Frente a esta publicidad, diversas asociaciones empresariales de la ciudad de Zamora difundieron un anuncio en el que entre otras cosas se decía: "Las promociones comerciales que la Caja de Zamora realiza al margen de su actividad financiera son de dudosa ética profesional". La Caja Provincial de Ahorros de Zamora entabló demanda por denigración y las asociaciones demandadas formularon reconvencción, sosteniendo que la publicidad para promocionar la financiación de las cuberterías era engañosa. En contra del criterio del Juzgado, la Audiencia estima que la publicidad de la Caja no incurría en engaño.

(71) La Resolución (publicada en *Ar.Civ.* 1994, 469) tiene su origen en una denuncia formulada por la Cámara de Comercio de Villagarcía de Arosa contra diversas oficinas bancarias de la localidad por la realización de una serie de campañas de venta y promoción de determinados productos (cuberterías, vajillas, joyas, etc.), así como por hacer regalos (bicicletas, hornos microondas, vídeos, etc.). Contra el archivo de la denuncia, decretado por el Servicio de Defensa de la Competencia, la Cámara formula recurso alegando que "los acuerdos denunciados constituyen una práctica restrictiva de la competencia porque son individuales pero generalizados a todas las entidades bancarias y acuerdos llevados a cabo de forma individual y de forma consciente, con la finalidad de eludir los efectos prohibitivos del art. 1 de la Ley de Defensa de la Compe-

Comercio era doble: por una parte, el pago de intereses en especie, mediante de los productos que se dicen 'regalados', para aquellos clientes que realizan una imposición a plazo, y, por otra, la promoción de créditos al consumo en relación con determinados productos de lujo.

Con gran clarividencia, la Resolución desestima el recurso. En lo que toca al pago de intereses en especie, sostiene que "se trata de una práctica perfectamente legal que no involucra directamente ni a los fabricantes ni a los comerciantes mayoristas por lo que difícilmente puede ser considerada restrictiva de la competencia desde el punto de vista del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, a no ser que se debiera a un concierto de las entidades bancarias para no admitir otro tipo de retribución por los depósitos de dinero a plazo, lo que no es el caso". En efecto, el pago de intereses en especie se presenta en este tipo de prácticas como la resultante de una convención libremente acordada entre el banco depositario del dinero y el cliente que acepta que parte de la renta de la imposición a plazo le sea pagada en especie. Por eso no merece objeción alguna desde la perspectiva del Derecho de la competencia, más aún cuando no es constatable que ese comportamiento de la entidad bancaria responda a una práctica conscientemente paralela de los empresarios del sector consistente en fijar de modo uniforme las "condiciones comerciales" de las imposiciones a plazo en entidades bancarias [cfr. art. 1.a) LDC].

La promoción del crédito al consumo tampoco merece reproche alguno. Según el Tribunal, "la práctica por la que una entidad de crédito trata de promocionar, de común acuerdo con algún fabricante o empresa de venta a distancia, el crédito al consumo necesario para la adquisición de un determinado producto de lujo tampoco puede ser considerada como restrictiva de la competencia sino más bien como lo contrario, es decir, como favorecedora de canales alternativos para la comercialización de determinados productos, en clara competencia

tencia, y desde luego es una actividad paralela al ejercicio de la actividad de comercio realizada por los establecimientos que, creados para llevar a cabo ese tráfico mercantil, cumplen reglamentariamente con todas sus exigencias (licencia fiscal, impuesto sobre actividades económicas, contratación, personal, etc.) y se ven perjudicadas por la actividad que en clara competencia desleal ejercen estas entidades, cuyo objeto social no es el comercio, sin cumplir con los requisitos legales expuestos, con el mismo personal que utilizan para el ejercicio de su propia actividad y con claras ventajas toda vez que están en posición de aplicar condiciones desiguales a las que pueden aplicar en sus relaciones comerciales lícitas las entidades creadas para este fin, colocándolas en situación desventajosa".

con el comercio tradicional". Sin embargo, debe retenerse que el producto que se entrega al consumidor no es de ningún modo una prestación gratuita, un 'regalo'. Antes al contrario, la operación que nos ocupa se fragua normalmente merced a la intervención de tres partes distintas y la celebración de dos contratos: por un lado se encuentra el contrato de compraventa del producto, que se celebra directamente entre el empresario (vendedor) y el consumidor (comprador), contrato en el que no interviene para nada la entidad financiera, y por otro lado el préstamo del dinero necesario para la adquisición del bien, concedido por el banco al comprador, y que es un crédito al consumo(72). De este modo, el adquirente no recibe gratuitamente el bien, sino que lo paga acogiéndose a un préstamo más o menos ventajoso que le ofrece la entidad bancaria. Como es claro, la operación carece por completo de interés para la entidad bancaria si el cliente, en lugar de solicitar un préstamo para pagar el producto, opta por abonarlo al contado.

Repárese en que esta práctica produce un efecto benéfico tanto para el vendedor del producto (ya sea el fabricante, ya un comerciante minorista), como para la entidad bancaria. El primero porque consigue la venta de sus productos a través de un canal alternativo, con reducidísimos costos de publicidad, y la segunda porque gana un cliente atraído por un producto que puede adquirir a un precio competitivo abonable a plazos.

(iii) La tercera perspectiva desde la que cabe examinar la operación de venta que venimos analizando es la que se refiere a la protección del adquirente del producto en cuanto consumidor, tanto en su papel de 'comprador' (en el contrato que celebra con el fabricante del producto o con el comerciante minorista) como en el de 'prestatarario' (en el contrato de préstamo que celebra con la entidad financiera) o el de 'impositor' a plazo de una cantidad de dinero (en el caso de pago en especie de los intereses). En su papel de comprador, la principal cuestión estriba en saber si la venta celebrada cae o no bajo el ámbito de aplicación de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, esto es, si se trata de una venta celebrada fuera de establecimiento(73). La respuesta más

(72) En este sentido, C. BOLDO RODA, "La venta de productos de consumo en entidades financieras", *Act. Civ.* 1995-2, p. 337.

(73) La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de marzo de 1994, antes citada, califica esta operación de "venta a distancia". Puede admitirse que lo sea en el sentido (impropio) de que el vendedor y el comprador no están física y simultáneamente presentes en el momento de concertar el contrato, pero no, desde luego, a los efectos de la normativa sobre contratos negociados a distancia.

segura es la negativa(74), porque, si bien es cierto que la operación encaja en el supuesto de venta fuera de establecimiento tipificado en su art. art. 1.1.a), ya nos consta que este precepto debe ser objeto de una reducción teleológica que reconduzca su literalidad a la finalidad inmanente de Ley 26/1991. Y lo cierto es que en la operación de compra que venimos analizando no se dan las circunstancias que justifican la aplicación del sistema de protección instaurado en dicha Ley. Por otro lado, el préstamo que hace la entidad financiera al comprador para la adquisición del producto es un crédito al consumo, sometido a la Ley 7/1995, de 23 de marzo, salvedad hecha de que se trate de un crédito de los excluidos por el art. 2.1 de esa norma(75). Finalmente, si el bien es entregado al consumidor no por un tercero vendedor, sino por el propio banco en concepto de pago en especie de los intereses de una imposición a plazo, es evidente que el consumidor debe estar suficientemente informado de esta circunstancia para que no caiga en el equívoco de considerar que, además de los intereses por la imposición, el banco le premia con el regalo de un producto. La publicidad que omite esta circunstancia debe merecer sin ninguna duda la tacha de engañosa, en cuanto silencia "datos fundamentales" de la operación que pueden inducir a error a sus destinatarios (cfr. art. 4 II LGP).

32. En este contexto, el art. 8 de la Proposición de Ley de Ordenación del Comercio Minorista se presenta como la respuesta legal de los pequeños y medianos comerciantes a su fracaso en la vía judicial, pues no hacen falta singulares dotes adivinatorias para asegurar que el principal objetivo de ese precepto es salir al paso de la doctrina sentada por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución de 11 de marzo de 1994. En efecto, el apartado segundo del art. 8 prohíbe "expresamente" la práctica de ofertas comerciales de mercancías al comprador "cuando éstas [habrá que entender que se refiere a las ofertas, y no a las mercancías] procedan de personas cuya actividad sea distinta a la comercial y, como consecuencia de la actividad que les es propia, tengan como finalidad principal la realización de préstamos, depósitos y operaciones de análoga naturaleza, adheridas a la oferta comercial de la mercancía, de tal forma que una no se pudiera hacer efectiva sin la otra". Actividad que se presume concurrente "en el

(74) Otra opinión, aunque reconociendo las incongruencias de su propuesta, en C. BOLDO RODA, *Act.Civ.* 1995-2, p. 340 ss.

(75) Es más: en la mayor parte de los casos, el contrato de compraventa y el de crédito serán "contratos vinculados" en el sentido del art. 15 de la Ley de Crédito al Consumo, lo que redundará en una mayor protección del consumidor, que podrá ejercitar frente al prestamista los derechos que le corresponden *en cuanto comprador*.

supuesto de que el comprador pudiera realizar pedidos o adquirir mercancías en los establecimientos de aquél”.

33. El art. 32.1 de la Proposición modificada de la Ley de Comercio parte del principio general de licitud de la venta con regalo(76). La caracterización que ofrece ese precepto de esta práctica comercial (“con la finalidad de promover las ventas, podrá ofertarse a los compradores otro producto o servicio gratuito o a precio especialmente reducido, ya sea en forma automática o mediante la participación en un sorteo o concurso”) cubre prácticamente todas las hipótesis posibles de venta con obsequio(77). Así, el precepto subraya la finalidad

(76) Esta permisividad contrasta vivamente con la situación existente en otros países del entorno comunitario. En Noruega está prohibida por la Ley de Prácticas Comerciales (1972) la promoción de ventas basada en premios y loterías [K. GRAVER, “Prácticas de comercialización desleales hacia el consumidor”, *Est. Cons.* 24 (1992), p. 65]. Lo mismo sucede en Dinamarca, cuya Ley de Prácticas Comerciales (1976) prohíbe a los comerciantes que ofrezcan regalos colaterales o utilicen ofertas con premios en las ventas a los consumidores, así como distribuir premios mediante loterías, concursos con premios y actividades análogas cuyo resultado dependa total o parcialmente del azar [P. B. MADSEN, “Ventas con premios y concursos con premios: provisiones especiales o cláusula general”, *Est.Cons.* 25 (1992), pp. 32 ss.; el propio autor, sin embargo, hace referencia a la existencia en Dinamarca de una cierta revisión de este planteamiento prohibitivo]. Otro tanto ocurre en Francia (por todos, J. CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*², 1986, p. 133 ss.), incluso tras el *Code de la Consommation* de 1993, cuyo art. 121-35 sienta un principio de absoluta prohibición de venta con prima que únicamente se exceptiona si la prima consiste en productos, bienes o servicios idénticos a los que constituyen el objeto de la venta o de la prestación, o en objetos o servicios de escaso valor o muestras; las loterías publicitarias están permitidas siempre que no exijan a los participantes ninguna contrapartida financiera ni gasto de ningún tipo (art. 121-36). En Holanda si sigue vigente la *Wet Beperking Cadeaustelsel* (1977) en la misma redacción que tenía cuando se originaron los hechos enjuiciados por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de diciembre de 1982 (v. *supra* núm. 30), la venta con regalo está prohibida salvo si el regalo tiene una ‘relación de consumo’ con el producto cuya adquisición ocasiona la concesión de la prima (entre nosotros, exigen una ‘relación de accesoriidad’ entre la cosa adquirida por el consumidor y la prima J. EGEA FERNANDEZ/I. MIRALLES GONZÁLEZ, “La protección del consumidor i de l’usuari en la contractació civil catalana”, *RJC* 1992, p. 51). En Bélgica, por último, la nueva Ley de Prácticas de Comercio de 1991 ha incorporado una regulación de los llamados ‘bonos de valor’, que son documentos entregados gratuitamente por un comerciante, un productor o un importador que permiten a su tenedor beneficiarse de una ventaja consistente en una reducción en especie en el momento de comprar un producto (o servicio) determinado o en el de comprar simultáneamente varios productos (o servicios) idénticos (cfr. J. L. FAGNART, “Le projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l’information et la protection du consommateur”, *Rev. Dr. Comm. Bel.*, 1991, pp. 283-284).

(77) Las legislaciones autonómicas sobre comercio, que prefieren la denominación “venta con prima”, dan por lo general una definición basada en el art. 9 LCU.

que se persigue con esta práctica comercial ("promover las ventas"), aunque de modo innecesario, pues en última instancia ese objetivo es común a toda práctica comercial desplegada por un comerciante. El obsequio, que también recibe en el texto de la Proposición el nombre de "incentivo promocional" o de "prima", se concreta normalmente en la entrega al consumidor de un producto o servicio, bien con carácter gratuito (p.ej., las primas enjuiciadas por la antes citada SAP Santander, Sección 2ª, de 12 de mayo de 1993) o bien a un precio inferior al normal (p. ej., si se adquiere un paquete de una docena de huevos, el comerciante ofrece otra docena adicional a mitad de precio). También es una prima la concesión de un préstamo a un tipo de interés menor que el habitual, parcialmente subvencionado por el vendedor(78). Queda al arbitrio del empresario decidir si el producto o servicio que se entrega a título de obsequio ha de ser de la misma condición que el bien adquirido por el consumidor (como ocurre en el segundo ejemplo propuesto) o de otra distinta (como sucede en el primer ejemplo). Son típicos casos de incentivos adicionales ventajosos para los consumidores la puesta a disposición de los clientes de un transporte gratuito hasta el centro comercial(79), o la celebración por los establecimientos bancarios, en calidad de tomadores, de contratos de seguro que cubren los accidentes que puedan sufrir los clientes de la entidad, bien todos o bien algunos de ellos (por ejemplo, los titulares de una tarjeta de crédito)(80).

La prima más elemental es la que consiste en una simple reducción del precio que no da lugar a una venta en rebajas porque no afecta a la

(78) El art. 2.1.d) de la Ley de Crédito al Consumo excluye de su ámbito de aplicación los contratos en los que "el crédito concedido sea gratuito". Estas operaciones, cuando van asociadas a una venta, deben ser miradas con la máxima sospecha, pues resulta ciertamente anómalo que una persona física o jurídica que "en el ejercicio de su actividad, profesión y oficio" concede créditos (v. art. 1.1 de la Ley 7/1995), un prestamista profesional en suma, dé crédito a un consumidor a título gratuito (sin interés).

(79) Práctica que la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de octubre de 1987, que cito por referencias, estima no restrictiva de la competencia.

(80) Sobre este concreto supuesto de hecho versan las SSAP Asturias, Sección 5ª, de 14 de enero de 1994 (*Ar.Civ.* 1994, 84) y Tarragona de 18 de enero de 1994 (*Act.Civ.* 1994, 1296), que condenan a las entidades bancarias al abono de las prestaciones debidas por el acaecimiento a los clientes bancarios de determinados siniestros que se decían cubiertos por una aseguradora. Más recientemente, la STS 15 de noviembre de 1994 (com. R. PELLON RIVERO, "Cancelación de tarjeta de crédito por error", *Actualidad y Derecho*, 1995-15, pp. 1 ss.), que aborda un caso límite, parte del supuesto de hecho de un seguro de accidentes asociado a la titularidad de una tarjeta de crédito, de tal modo que el seguro cubría los siniestros que pudieran ocurrir en un medio de transporte cuyo billete hubiera sido pagado precisamente con la tarjeta.

generalidad, o a una parte sustancial, de los productos en venta, sino a uno o varios productos aislados. Se origina así una venta con descuento, que tenía una regulación propia en la versión original de la Proposición (v. *supra* núm. 12) pero que en la versión modificada constituye una modalidad de la venta con prima. Salvo que se trate de venta a pérdida, la venta con descuento no plantea una problemática especial digna de atención⁽⁸¹⁾. Con todo, la entrega de obsequios no puede ser utilizada como mecanismo indirecto para eludir la prohibición de una venta a pérdida (cfr. art. 14.4 de la Proposición, que constituye una manifestación más de la protección del pequeño y mediano comercio).

El comerciante puede establecer una prima gratuita *ad tempus*. En ese caso, carece de la posibilidad de volverse sus pasos y decidir a partir de un determinado momento cobrar un precio por el servicio de que hasta entonces ha venido disfrutando el consumidor con carácter gratuito, ya que el art. 10.1.c).7º LCU estima abusivo la repercusión sobre el consumidor del "coste de los servicios que en su día y por un tiempo determinado se ofrecieron gratuitamente". Pero una vez transcurrido ese tiempo, el comerciante es libre para retirar la oferta de la prima gratuita, o para cobrar por ella cierta cantidad.

34. Es posible igualmente que el obsequio, en lugar de entregarse directamente al consumidor, se asigne tras un sorteo o concurso cele-

(81) Conviene sin embargo dejar constancia de un par de litigios planteados en el marco del Derecho comunitario a propósito de la venta con descuento [referencias en R. JOLIET, "Derecho de la competencia desleal y libre circulación de mercancías. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea", *RGD* 604-605 (1995), pp. 502 ss.]. El primero de ellos, resuelto por la Sentencia de 7 de marzo de 1990 (Sentencia *GB-Inno-BM*; asunto C-362/88; *Recueil* 1990-I, pp. 667 ss.), tuvo su origen en una demanda interpuesta por una asociación de comerciantes luxemburguesa contra un supermercado sito en una ciudad belga fronteriza con el Gran Ducado. La asociación pretendía que, al amparo de la legislación luxemburguesa, se prohibiera la difusión en Luxemburgo de la publicidad del supermercado que anunciaba la realización de unos descuentos sobre determinados productos alimenticios en las fechas que se especificaban. El Tribunal desestima las alegaciones del Gobierno luxemburgués que justificaban la prohibición en la necesidad de proteger a los consumidores.

En segundo lugar, la Sentencia de 18 de mayo de 1993 [Sentencia *Yves Rocher*; asunto C-126/91; no publicada aún en el *Recueil*; puede consultarse en la crónica de la *Gaceta Jurídica CEE*, B-88, 1993; en reseña, en *RGD* 595 (1994), p. 3851] redujo a papel mojado una modificación operada en 1986 en la Ley de Competencia Desleal alemana, en la que se prohibía comparar los precios actuales con los precios más altos practicados en un momento anterior, así como anunciar reducciones de precios de una cantidad o porcentaje determinado, siempre que se destacaran para atraer la protección de los consumidores. La filial alemana de Yves Rocher infringió la prohibición, colocando, junto al precio anterior tachado, el nuevo en grandes caracteres de color rojo. El Tribunal de Justicia considera que la legislación alemana es contraria al art. 30 del Tratado CEE.

brado entre los consumidores que hayan realizado la compra del producto cuya venta trata el comerciante de promocionar(82). El concurso y el sorteo son dos maneras distintas de primar a los consumidores, pues mientras que en el sorteo se fia a la suerte la designación de los ganadores, en el concurso se recompensa a los que han superado con éxito una prueba gracias a sus conocimientos, su sagacidad u otras aptitudes(83). Si el incentivo consiste en un sorteo, las previsiones contenidas en la Ley de Comercio serán aplicables "sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación sectorial correspondiente" (art. 32.2). Esta legislación sectorial es la de carácter administrativo que regula el juego(84); de hecho, es común en las legislaciones autonómicas supeditar la realización de sorteos y/o concursos entre los consumidores a la previa autorización de la autoridad competente.

35. El comerciante que anuncia la entrega de obsequios queda obligado, tanto si se trata de una prestación directa, como si se supedita a la celebración de un concurso o un sorteo. Esta apreciación no resulta discutible ni siquiera si el obsequio se condiciona a la participación en un sorteo ("juego de suerte, envite o azar", en el sentido del art. 1798 CC), pues desde la STS de 23 de febrero de 1988, cuyo criterio confirma recientemente la de 30 de enero de 1995, "hoy día no son juegos

(82) La prima tiene siempre carácter gratuito para el consumidor, incluso si se concede después de celebrado un concurso o sorteo entre los compradores afectados. En favor de la onerosidad del sorteo o concurso no cabe argüir que en la mayoría de las ocasiones la realización de tales operaciones responde a estudios de mercado que determinan con bastante exactitud los beneficios que obtendrá el comerciante con su celebración, bien por un aumento de los precios de los productos, bien por el hecho de que el cliente se vea inducido a gastar una cantidad superior a la habitual, bien por la oportunidad, para la empresa, de deshacerse de *stocks* que carecen de salida en un momento determinado (en este sentido, J. LLOBET I AGUADO, "El contrato de juego y apuesta", *La Ley* 1993-3, p. 788). La prima es siempre gratuita porque supone un desembolso adicional para el comerciante sin recibir nada a cambio, sin perjuicio de que, *en cuanto estrategia empresarial*, tenga por consecuencia el incremento del volumen de ventas del comerciante.

(83) En este sentido, y con referencia al Derecho francés, donde la distinción tiene una importancia trascendental porque el sorteo (la lotería) está prohibido y el concurso no, G. CAS/D. FERRIER, *Traité de Droit de la Consommation*, 1986, p. 319. Algo de esto hay también en nuestro Código Civil, que diferencia el "juego de suerte, envite o azar" (art. 1798 CC), respecto de los cuales la ley no concede acción para reclamar lo que se gana, de aquellos que "contribuyen al ejercicio del cuerpo" (art. 1800 CC), que no están prohibidos y obligan civilmente al perdedor (art. 1801 I CC). Entre éstos últimos cabe incluir sin gran dificultad los concursos, tal como han quedado definidos en el texto.

(84) En la medida en que continúen vigentes, cfr. la Ley de 16 de julio de 1949, desarrollada por la Orden de 27 de julio de 1949 y la Orden de 22 de marzo de 1960, que dictan normas para la celebración de rifas; también el Real Decreto 1607/1981, de 24 de abril, que aprueba el reglamento de juegos mediante boletos.

prohibidos los regulados y autorizados, aunque sean de suerte, envite o azar, cuando su práctica tiene efecto en las condiciones y lugares que la ley permite con las correspondientes autorizaciones administrativas y contraprestaciones fiscales”, por lo que, pese al art. 1798 CC, el consumidor tiene acción para reclamar el obsequio que ha ganado en un sorteo.

En este contexto, el peligro para el consumidor estriba en que el obsequio no le sea entregado en un plazo razonable, obligándole a instar el auxilio judicial. En previsión de esta situación, el art. 33.1 de la Proposición modificada ordena que la entrega de los incentivos a los compradores habrá de verificarse “en el plazo que determinen las Comunidades Autónomas, sin que pueda exceder de tres meses a contar desde el momento en que el comprador reúna los requisitos exigidos”. Se produce así una remisión al Derecho de las Comunidades Autónomas, que habrán de señalar el plazo, *siempre inferior a tres meses*, dentro del cual debe cumplir con su obligación de entrega el comerciante(85). El momento en que el comprador reúne las condiciones precisas para ser acreedor de la entrega del obsequio es diversa en función de la naturaleza de éste. Así, si se trata de una prima que se entrega por el solo hecho de la realización de la operación de que se trate, será al celebrar ésta cuando surgirá en cabeza del consumidor el derecho a la entrega. En cambio, si el incentivo consiste en la participación en un sorteo o en un concurso, habrá que estar a las resultas de uno u otro para computar a partir de ese momento el plazo de entrega(86). Si el comerciante no entrega voluntariamente el obsequio al consumidor interesado, éste dispone de la correspondiente acción de reclamación, de naturaleza personal.

36. El art. 33.1 contempla una regla particular en tema de plazo para la entrega de la prima “cuando el ofrecimiento se haya hecho en los envases de los correspondientes productos”. La especialidad con-

(85) En las normativas autonómicas sobre comercio no hay actualmente previsión alguna sobre este aspecto.

(86) No fija la Proposición ningún plazo para la realización del concurso o del sorteo que decide qué consumidor tiene derecho al obsequio. Sería por ello conveniente que la Ley de Comercio obligara al comerciante que intenta valerse de estos mecanismos a comunicar al público en general la fecha en que se celebrará el evento. No parece sin embargo que se deba llegar al extremo del art. 33.5 de la Ley canaria de Ordenación de la Actividad Comercial, según la cual “las bases por las que se regirán los concursos, sorteos o similares, deberán constar en el envase o envoltura del producto de que se trate o, en su defecto, estar debidamente registradas ante Notario, siendo obligatoria la difusión en los medios de comunicación de los ganadores de los premios vinculados a la oferta”.

siste en que el derecho a obtener la prima puede ejercerse en ese caso, "como mínimo, durante los tres meses siguientes a la fecha de caducidad de la promoción". Este precepto es inútil y debería desaparecer en la versión definitiva de la norma, pues la forma de hacer la promoción (en el envase de los productos) no es razón bastante para alterar lo que con carácter general dispone el propio art. 33 en tema de plazo para la entrega del obsequio.

37. La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones acerca de los cauces ideados por las grandes superficies para eludir, mediante la entrega de obsequios, las normas prohibitivas de la competencia, en particular las que limitan extraordinariamente la práctica de descuentos en el precio de venta al público de libros (cfr. el Real Decreto 484/1990, de 3 de marzo, dictado en desarrollo de la Ley 9/1975, de 12 de marzo, del Libro). Eso significa que en materia de venta al por menor de libros, y como excepción al art. 38 CE fundada en razones de interés cultural, no rige el principio de libre fijación de precios, ni tampoco hay libertad para practicar descuentos(87). La rigidez del precio ha movido a las grandes superficies a promocionar sus ventas de libros mediante la entrega a los consumidores de obsequios o incentivos adicionales distintos a la práctica de descuentos. La jurisprudencia ofrece una gran variedad de primas a los compradores de libros, tales como el regalo, por la compra de libros de texto, de un vale de 25% de descuento a aplicar en las próximas compras que se hicieran en el hipermercado(88), la entrega de un libro por la compra de otro(89) o la práctica de un descuento del 20% a los compradores de libros poseedores de determinado carné joven(90). También ha sido perseguida por los gremios de libreros la venta de libros de texto por parte de las asociaciones de padres a un precio inferior al aplicado por las librerías(91).

(87) La consecuencia de esta norma restrictiva estriba en hacer del precio de venta al público un elemento irrelevante, en cuanto inalterable, en la competencia entre las empresas editoriales. Sobre la fijación de condiciones uniformes del precio de libros se ha pronunciado recientemente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, entendiéndose que en el caso litigioso se trataba de restricciones indispensables, y por ende justificadas, a la libre competencia (Sentencia de 17 de enero de 1995; Asunto C-360/92 P; *The Publishers Association c/ Comisión de la CEE*).

(88) Cfr. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de abril de 1993 (*Ar.Civ.* 1993, 505) y 4 de octubre de 1993 (*Ar.Civ.* 1993, 2371).

(89) Cfr. Resolución de 17 de febrero de 1993 (*Ar.Civ.* 1993, 1980).

(90) Cfr. Resolución de 11 de julio de 1994 (*Ar.Civ.* 1994, 2568).

(91) Cfr. entre muchas, en el sentido de que no se trata de práctica ilícita, la Resolución de 5 de julio de 1994 (*Ar.Civ.* 1994, 1364). Sobre la venta de vídeos en grandes superficies, práctica igualmente inocua, cfr. la Resolución de 11 de julio de 1994 (*Ar.Civ.* 1994, 1365).

En defensa de sus posiciones, los gremios de libreros invocaron siempre que, bajo la capa de una prima, en realidad se escondía la realización de un descuento que excedía del reglamentariamente permitido. El Tribunal de Defensa de la Competencia niega que las prácticas descritas supongan un comportamiento prohibido. Toda su interpretación se orienta a reducir en la medida de lo posible los efectos restrictivos que sobre la competencia produce el reglamento que prohíbe la libertad de descuentos en la venta al por menor de libros. Bastante perturbadora es ya de por sí —se lee en la Resolución de 4 de octubre de 1993— la limitación a la competencia que introduce la legislación que prohíbe la práctica de descuentos en libros como para, en mayor daño de la competencia, auspiciar encima una interpretación rigurosa de la prohibición. La Resolución de 17 de febrero de 1993 afirma que “no puede admitirse que la utilización del escaso margen de competencia que toleran las normas para permitir un cierto juego del mercado sea considerada como una perturbación grave del funcionamiento de los mecanismos de mercado: afecta el status quo, pero en beneficio —no en perjuicio— de las fuerzas del mercado”. Tampoco prospera ante el Tribunal la denuncia de que, en el fondo, con la concesión de primas o regalos se está vulnerando de hecho la prohibición de descuentos, pues, según sostiene la Resolución de 16 de abril de 1993, lo relevante a efectos de enjuiciar la concesión de vales de regalo por la compra de libros es que “no se trata de descuento ya que no se provoca a través de esta operación un puro ahorro de dinero [...] Se trata de una simple operación comercial que en modo alguno es encajable en el supuesto de descuento”.

38. La jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, en cambio, ha sido más favorable a los gremios de libreros. La SAP León, Sección 2ª, de 24 de octubre de 1994(92) enjuició, a instancias de la Asociación Profesional de Libreros de León, la oferta de venta de libros de texto escolares que, acompañada de una gran campaña de publicidad, lanzó el hipermercado demandado en las postrimerías del mes de agosto de 1993, de cara al inicio del curso escolar 1993-1994, y consistente en ofrecer a los eventuales compradores de libros de texto un número de puntos por valor del 25% del precio de los libros, canjeables, a razón de una peseta por punto, por otros productos del propio hipermercado. La Audiencia estima que la práctica supone un “verdadero descuento encubierto”, un “auténtico fraude de ley” o “ardid” que vulnera la prohibición establecida en la legislación del libro. Ya antes, la

(92) Ar. Civ. 1994, 2024.

SAP Valencia, Sección 6ª, de 21 de marzo de 1994(93) había sentado una análoga conclusión, afirmando la deslealtad de los descuentos practicados por la gran superficie demandada antes del Día del Libro, ocasión en la que se flexibiliza el régimen prohibitivo del Real Decreto 484/1990, de 30 de marzo(94). El último hito de esta jurisprudencia favorable al pequeño comercio está constituido por ahora por la SAP Asturias, Sección 4ª, de 24 de enero de 1995(95), que declara la aplicación del art. 15.2 LCD a las prácticas comerciales que nos ocupan(96).

La existencia de esta jurisprudencia contradictoria no sólo pone de relieve la falta de articulación entre la jurisdicción ordinaria y las funciones parajudiciales que desempeña el Tribunal de Defensa de la Competencia, sin duda generadora de una rechazable situación de inseguridad, sino que, además, manifiesta la distinta perspectiva con que el mismo problema es abordado por unos y otros. El Tribunal de Defensa de la Competencia mantiene una actitud decididamente beligerante ante toda norma restrictiva de la competencia, y, en la práctica, acaba por mantener una interpretación derogatoria de la prohibición de descuentos sancionada por la normativa del libro. Ciertamente, no es lo mismo practicar un descuento, que es la práctica prohibida por el Real Decreto 484/1990, que ofrecer incentivos a la compra o primar al consumidor con la entrega de obsequios. Pero habrá que convenir que el efecto económico que se produce en el consumidor es idéntico en un caso y en otro; una prima o un regalo, aunque no afecte al precio del producto, despierta en el consumidor la misma atracción que el descuento. Lo que,

(93) *Ar. Civ.* 1994, 498; S. SANCHEZ SOLE, "La violación de normas como acto de competencia desleal (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª, de 21 de marzo de 1994)", *RGD* 604-605 (1995), pp. 791 ss.

(94) Constituye una importante aportación de la mencionada Sentencia la consideración de que los acuerdos adoptados por las asociaciones profesionales (en el caso litigioso, el Gremio de Libreros de Valencia) no constituyen normas jurídicas a los efectos del art. 15.2 LCD, por lo que su infracción no origina un acto de competencia desleal. En el mismo sentido, a propósito de los acuerdos sobre honorarios adoptados por los Colegios de Médicos, la SAP Sevilla, Sección 2.ª, de 30 de junio de 1993 [*RGD* 598-599 (1994), pp. 8992 ss.], con cita de otras. En la doctrina, con amplias consideraciones, J. ALFARO AGUILA-REAL, "Competencia desleal por infracción de normas", *RDM* 202 (1991), pp. 701 ss., 717 ss.

(95) *Ar. Civ.* 1995, 36.

(96) La Sentencia afirma con rotundidad que la entrega de cheques por valor del 10% del importe de la compra en libros de texto (los denominados 'cole-compras') no constituye un supuesto de venta con regalo, pero sí una venta con infracción de normas, pues la prohibición establecida en la legislación del libro "se vería defraudada si cualquier establecimiento ofreciese al consumidor algún tipo de ventaja económica por adquirir los libros en él".

en última instancia, supone un desconocimiento de la finalidad que animó al legislador a restringir la competencia en el sector del libro o, más precisamente, a prohibir la competencia fundada sobre el elemento precio. Resulta censurable, por lo demás, que el Tribunal de Defensa de la Competencia se abstenga de valorar si los objetivos de política cultural y editorial que fundamentan la restricción de la competencia en el mercado del libro son o no suficientemente consistentes.

11. Las ofertas conjuntas

39. La Proposición parte de un principio de prohibición de las "ofertas conjuntas", que son aquéllas en las que el comerciante propone al consumidor la venta, "conjuntamente y como una unidad de contratación", de dos o más productos o servicios (art. 34.1). La prohibición tiene su razón de ser en que una oferta de esa índole disminuye considerablemente la libertad de decisión del consumidor, a quien se coloca en la alternativa de no comprar nada o de comprar por fuerza, aunque no convenga a sus necesidades, los diversos productos que como una unidad oferta el comerciante. La oferta conjunta constituye un típico caso de *subordinación de prestaciones* que incide negativamente sobre la capacidad decisoria del consumidor. La lesividad de esta práctica condujo en su momento al legislador a prohibir que por medio de condiciones generales se pudiera imponer al consumidor la obligada adquisición de bienes o mercancías complementarias o accesorios no solicitados [art. 10.1.c).12° LCU], así como a reputar abusivos los incrementos de precio por servicios o accesorios que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso [art. 10.1.c).5° LCU]. También a considerar restrictiva de la competencia (y, por tanto, prohibida) la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos [art. 1.e) LDC].

Con todo, el principio general de prohibición de las ofertas conjuntas conoce excepciones que se encuentran ampliamente respaldadas por la práctica. Así, según el propio art. 34 de la Proposición de Ley de Ordenación del Comercio Minorista, esta práctica comercial es lícita cuando exista una relación funcional entre los artículos ofertados (p.ej., un limpiacristales y una bayeta; un jamón y un cuchillo), cuando sea práctica comercial común vender ciertos artículos en cantidades superiores a un determinado mínimo (p.ej., una media docena de huevos o

un paquete de seis yogures) o cuando se trate de lotes o grupos de artículos presentados conjuntamente por razones estéticas o para ser destinados a la realización de obsequios (p.ej., un conjunto de productos cosméticos para uso femenino). También está permitida la oferta conjunta cuando se conceda simultáneamente la posibilidad de adquirir los artículos por separado y a su precio habitual. En este último caso, lo que sucede en realidad es que no hay oferta conjunta porque los consumidores no están imposibilitados para comprar separadamente los productos que integran la oferta. Por lo demás, la realización de ofertas conjuntas está sujeta a la prohibición del art. 14.4 de la Proposición, lo que significa que, aun cuando sean lícitas, no pueden ser utilizadas para infringir la prohibición —sumamente discutible, como hemos visto— que el propio art. 14 sienta en materia de venta a pérdida.

40. La Proposición deja a salvo lo que la legislación sobre defensa de la competencia dispone en materia de oferta conjunta (art. 34.2). La remisión está particularmente hecha al art. 8.3 LCD, que considera desleal la subordinación de la conclusión de un contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto del contrato siempre que concorra alguna de las circunstancias del art. 8.2 LCD, o sea, que induzca o pueda inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento o le dificulte gravemente la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con otras ofertas alternativas⁽⁹⁷⁾. La interrelación entre la Ley de Comercio y la de Competencia Desleal conduce al siguiente resultado. Las ofertas conjuntas sólo son lícitas si pueden comprenderse en alguno de los supuestos que, como excepción al principio general de ilicitud, recoge el art. 34.1 de la Proposición modificada. Las que no se ajustan a esos parámetros son ilícitas. Pero son *además* desleales únicamente si resultan incardinables en el art. 8.3 LCD. Por tanto, el juicio

(97) Aquí tendría cabida, como supuesto prohibido por nuestra LCD, la práctica condenada por el BGH alemán [referencias en G. SCHRICKER, "Últimos desarrollos del Derecho de la competencia desleal en Europa", RGD 583 (1993), p. 3309]: un sindicato y su propia compañía de seguros ofrecían automáticamente a los afiliados, por el solo hecho de serlo, un seguro que se cobraba a cargo de las cuotas sindicales. A petición de las grandes aseguradoras de responsabilidad civil alemanas, la práctica fue considerada desleal, fundamentalmente porque con su comportamiento los demandados privaban a los consumidores de la posibilidad de decidir sobre la conveniencia de concertar un seguro y, en caso afirmativo, de optar libremente por la aseguradora de su elección.

de ilicitud de la práctica consistente en ofrecer prestaciones subordinadas no coincide con el de deslealtad(98).

41. La subordinación contractual es lícita cuando viene impuesta o autorizada por una norma. Así, la Ley del Mercado Hipotecario de 1981 permite que la concesión de un préstamo hipotecario se subordine a la celebración de un contrato de seguro que cubra los siniestros que afecten al bien dado en garantía. Parecidamente, en la Ley de Crédito al Consumo, el art. 18.a) obliga a incluir en el coste total del crédito el importe de los "seguros de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular, *que sean exigidos por el empresario por la concesión del mismo*", de donde se desprende que el prestamista está legitimado para subordinar la concesión del préstamo a la celebración de un contrato de seguro que cubra las contingencias expresadas en la norma(99).

Aun en estos casos de contratos subordinados legalmente permitidos, lo que no cabe hacer es imponer al consumidor la intervención de un determinado contratante en el contrato subordinado. Por tanto, el banco que concede un préstamo hipotecario puede subordinar la concesión a la celebración de un seguro, pero no le cabe imponer al prestatario una determinada aseguradora(100). Del mismo modo, el vende-

(98) El sistema de relaciones entre el art. 1.e) LDC y el art. 8.3 LCD se desenvuelve en otro plano: la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guardan relación con el objeto del contrato es *siempre* una práctica restrictiva de la competencia, pero es desleal *únicamente* si induce o puede inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento o le dificulta gravemente la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con otras ofertas alternativas.

(99) La entidad prestamista está obligada a respetar lo previsto en la Instrucción de la Agencia de Protección de Datos 2/1995, de 4 de mayo, sobre medidas que garantizan la intimidad de los datos personales recabados como consecuencia de la contratación de un seguro de vida de forma conjunta con la concesión de un préstamo hipotecario o personal (BOE 9 mayo 1995).

(100) Esta práctica está sin embargo muy extendida, y lo más corriente es que el banco imponga al consumidor la aseguradora perteneciente al mismo grupo empresarial que la entidad financiera. Otro tanto cabe decir de prácticas análogas que suelen rodear la celebración de un préstamo hipotecario, tales como la tasación del inmueble por un perito impuesto por el propio banco o la asunción de la gestión, bien directamente, bien a través de profesionales impuestos por el banco, del pago de impuestos y de la inscripción registral del inmueble. Sobre esto último, cfr. la Resolución de la DGRN de 1 de febrero de 1995 [BIMJ] 1474 (1995), pp. 145 ss., que sanciona a un notario por su irregular actuación en relación con el otorgamiento de una escritura de transmisión de un inmueble. En cuanto a la intervención de los tasadores, cfr. art. 4 de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

dor de un bien a crédito no puede imponer al consumidor la obtención del préstamo de un determinado prestamista, ni siquiera de aquél con el que el vendedor tuviera establecido un acuerdo previo para conceder créditos a los compradores que eventualmente lo precisen [v. art. 14.1, apartado segundo, y art. 15.1.b), apartado segundo, de la Ley de Crédito al Consumo].

12. *Las ofertas de venta directa*

42. Por venta directa se entiende aquella que es realizada por el propio mayorista o fabricante del producto. El hecho de que sea el mayorista o el fabricante quienes vendan el bien hace creer al consumidor que la operación puede resultarle más barata si, en lugar de comprar al comerciante minorista, compra directamente a aquéllos. De ser así se produce una alteración, en beneficio del consumidor, de los canales habituales de distribución de los productos, con la consiguiente pérdida de importancia de la actividad desplegada por el minorista.

Desde esta perspectiva, y como una medida más de protección al pequeño y mediano comercio, se explica la regulación que la Proposición dispone para la venta directa. En efecto, la Proposición parte como principio general de la prohibición de la venta hecha a los consumidores por fabricantes o mayoristas, a menos que concurren dos circunstancias: de una parte, que, en el primer caso, fabrique realmente la totalidad de los productos puestos a la venta y, en el segundo, realice sus operaciones de venta fundamentalmente a comerciantes minoristas, y, de otra, que los precios ofertados sean los mismos que aplica a otros comerciantes, mayoristas o minoristas, según los casos. El primer requisito es explicable, pues con él se trata de garantizar que realmente reúne la condición de fabricante o de mayorista quien en el mercado se presenta como tal. Por el contrario, la segunda exigencia supone de hecho la desincentivación de toda venta realizada directamente por el fabricante o el mayorista, en la medida en que hace desaparecer el principal atractivo que hasta la fecha posee para los consumidores esta práctica comercial: la compra a un precio menor que el fijado por el comerciante minorista. En efecto, el art. 35.b) de la Proposición exige que el precio ofertado por el mayorista o el fabricante sea "el mismo" que el aplicado a otros comerciantes mayoristas o minoristas, lo que significa que ningún ahorro va a experimentar el consumidor que, en lugar de comprar al minorista, decida comprar directamente al mayorista o al fabricante.

13. Las ventas a distancia

43. Los arts. 38 a 48 de la versión modificada de la Proposición de Ley de Ordenación del Comercio Minorista regulan la venta a distancia, una práctica comercial en progresivo auge en las sociedades avanzadas(101). En el ámbito de la CEE, está prácticamente ultimada la Directiva relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia(102). La lectura de los preceptos que la Proposición dedica a esta materia pone de manifiesto que sus redactores han tenido muy a la vista la Propuesta de Directiva, aunque no su versión modificada (posterior a la presentación de la Proposición de Ley, pero anterior al momento en que expiró la última prórroga del plazo de formulación de enmiendas), sino la presentada en 1992 por la Comisión de la CEE. Por tanto, si se opta finalmente por transponer a nuestro Derecho interno la Directiva sobre ventas a distancia, cuando

(101) Según informaciones de las asociaciones de consumidores, la venta por catálogo, probablemente la modalidad más extendida de venta a distancia, facturó el año 1994 en nuestro país un volumen de ventas de unos 85.000.000.000 de pesetas. Las empresas que más facturaron fueron Venca Catálogo y el Club Internacional del Libro; también operan habitualmente a través de venta por catálogo las empresas CEAC, Damart, Discoplay, Círculo de Lectores, Editorial Planeta y La Redoute. El número de quejas de los consumidores en relación con las ventas por catálogo se ha incrementado espectacularmente en los últimos años.

(102) La Propuesta inicial de Directiva fue publicada en el DOCE nº C 156, de 23 de junio de 1992, en tanto que la modificada vio la luz en el DOCE nº C 308, de 15 de noviembre de 1993. En ese lapso temporal emitió el Consejo Económico y Social su Dictamen sobre la Propuesta (DOCE nº C 19, de 25 de enero de 1993). Paralelamente a la Propuesta, la Comisión aprobó la Recomendación 92/195/CEE, de 7 de abril de 1992, relativa a códigos de conducta para la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia (DOCE nº L 156, de 10 de junio de 1992), donde se anticipan las medidas de protección de los consumidores en las que luego habría de profundizar la Propuesta de Directiva.

La presión de algunos sectores interesados hizo inviable la aprobación definitiva de la Directiva en el semestre de presidencia alemana de la CEE (el segundo del pasado año 1994). La actual presidencia francesa, en cambio, tiene la voluntad política de sacar adelante el texto definitivo, y de hecho el Consejo de Ministros de la CEE adoptó su posición común sobre la Directiva en su reunión del día 31 de marzo de 1995, actitud valorada en términos muy positivos por la Oficina Europea de Uniones de Consumidores (BEUC). Si la Directiva no fuera aprobada, correspondería a la presidencia española de la CEE, que abarcará el segundo semestre del año en curso, propiciar su definitiva puesta a punto.

Es sumamente útil, desde el punto de vista práctico, la información que proporciona el número monográfico "Vente par correspondance et à distance", *Gaz.Pal.* 1993 (1.º sem.), pp. 179 ss. Menos interesante, N. SCANNICCHIO, "Consumatori e conclusione dei contratti a distanza tra ordinamenti nazionali, direttive comunitarie e diritto comparato", *Riv.Crit.Dir.Priv.* 1994,1-2, pp. 3 ss.

en breve sea aprobada, aprovechando la tramitación parlamentaria de la Ley de Comercio, habrá que modificar los preceptos que actualmente la regulan en la Proposición, superados por la Propuesta modificada de Directiva y, es de esperar que dentro de poco, por la propia Directiva que finalmente se apruebe.

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, no existe inconveniente alguno en que sea la Ley de Comercio la que acoja en su seno la implementación de la Directiva sobre contratos a distancia. Sin embargo, no resulta previsible que se vaya a hacer así. En primer lugar, porque, incluso si la Directiva es aprobada antes de la finalización de la tramitación parlamentaria de la Proposición de Ley de Ordenación del Comercio Minorista, lo que parece muy verosímil, habría que exigir a nuestros Diputados y Senadores (y, sobre todo, a los servicios jurídicos de las Cámaras) un notable y apresurado esfuerzo para llevar a cabo una correcta incorporación del texto comunitario. Pero en segundo lugar y sobre todo, porque el desarrollo interno de la Directiva ha de seguir un *iter* relativamente prolongado en el tiempo (dictamen del Consejo de Estado, audiencia al Consejo de Consumidores y Usuarios,...) que hace imposible cualquier intento real de incorporación a la Ley de Comercio. Además de que, si así fuera, se privaría de intervención a los Departamentos ministeriales interesados (el de Sanidad y Consumo, sobre todo, aunque también el de Justicia e Interior), que son los más indicados para decidir, con criterios de política jurídica, cómo se deben regular en el Derecho interno aquellos extremos que la propia Directiva remite a los Estados miembros.

En las páginas que siguen se lleva a cabo un somero análisis de la Propuesta modificada de Directiva, señalando sus rasgos más esenciales.

A) Ambito de aplicación

44. La Directiva tiene por objeto la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a los contratos negociados a distancia entre consumidores y proveedores así como las incitaciones a contraer tales compromisos contractuales y los actos preparatorios de los mismos (art. 1). A tal efecto, se entiende por "contrato negociado a distancia" todo contrato sobre un producto o un servicio celebrado, en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios, previa incitación del proveedor, sin la presencia física simultánea del proveedor y del consumidor, y a través de una

técnica de comunicación a distancia para la transmisión de la incitación a celebrar un contrato y del pedido (art. 2, primer inciso).

De estas definiciones conviene destacar un par de datos. En primer lugar, el ámbito de cobertura de la Directiva se extiende no sólo a los contratos de venta a distancia de productos, sino también a los de prestación de servicios(103). Esta circunstancia explica que un par de enmiendas formuladas a la Proposición auspicien la extensión de la regulación de las ventas a distancia a la prestación de servicios negociados de esa misma manera(104). En segundo lugar, la Direc-

(103) Con todo, en la posición común del Consejo de Ministros de la CEE de 31 de marzo de 1995, ya mencionada, se acordó excluir del ámbito de aplicación de la Directiva los servicios *financieros* a distancia (p.ej. los servicios bancarios por teléfono que empiezan a ofrecer algunas entidades de nuestro país). Esta exclusión no es sino una manifestación más de la presión ejercida por la banca europea para escapar de la aplicación de las normas protectoras de los consumidores, ya manifestada en ocasiones anteriores [cfr. art. 3.2.d) de la Directiva 85/577/CEE, sobre ventas fuera de establecimiento, así como el Anexo 2 de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores].

Lo que no ocurre por primera vez, pues son relativamente abundantes los casos de exclusión de ciertos sectores empresariales de la sujeción a las normas sobre protección de los consumidores que no tienen otra explicación que la presión del *lobby* de turno. Así, en el caso de la legislación alemana sobre ventas fuera de establecimiento (*Gesetz über Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften*, de 16 de enero de 1986), fue la actuación de las aseguradoras lo que impidió que el legislador interno sometiera los contratos de seguro a la normativa de protección del consumidor, con la consiguiente crítica por parte de la doctrina (D. FUCHS, "La Ley alemana sobre revocación de negocios a domicilio", *ADC* 1987, p. 208; PALANDT/PUTZO, *Bürgerliches Gesetzbuch*⁵², 1993, § 6 HausTWG, Rn 4). Y en Francia es un lugar común afirmar que la exclusión del ámbito de aplicación de la normativa sobre *démarchage* de 1972 de las ventas de automóviles nuevos obedeció a la presión de los empresarios del ramo (J. CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*², 1986, p. 84; G. CAS/D. FERRIER, *Traité de Droit de la Consommation*, 1986, p. 289), por más que ahora haya desaparecido en el *Code de la Consommation* de 1993.

(104) En concreto, las enmiendas núm. 219 (Grupo socialista) y 480 (Grupo catalán) declaran que los arts. 38 a 48 de la Proposición serán aplicables a los contratos referentes a la prestación de servicios negociados a distancia, con excepción de los seguros, créditos y los servicios de inversión (salvo, para este último caso, en lo que respecta al contenido de la oferta para contratar), y de los contratos de servicio con reserva. El tratamiento que la Proposición proporciona a los contratos de prestación de servicios negociados a distancia es insuficiente, dado que plantean una problemática propia que no puede ser solventada mediante una mera remisión a la normativa prevista para la venta de productos a distancia.

En otros ordenamientos jurídicos, los servicios están excluidos de la normativa reguladora de los contratos negociados a distancia. Tal es el caso de la legislación belga, que sin embargo reserva al Rey la posibilidad de extender la reglamentación de las ventas a distancia a determinados servicios o categorías de servicios (cfr. J. L. FAGNART, "Le projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur", *Rev. Dr. Comm. Bel.*, 1991, p. 285).

tiva es inaplicable cuando la incitación para contratar procede del comprador, ya que la definición del art. 2 es clara cuando reclama que el contrato se celebre "previa incitación del proveedor".

45. Por "técnica de comunicación a distancia" se entiende toda técnica que permita el intercambio de información necesaria para la formación y celebración del contrato entre un consumidor y un proveedor que no se hallen en presencia uno del otro. El rasgo característico de este tipo de contratos es la falta de presencia física simultánea del proveedor (o de cualquiera de sus dependientes) y del consumidor, sustituida por la utilización de una técnica de comunicación a distancia. El Anexo I de la Directiva hace una amplia enumeración de las técnicas más comúnmente usadas por los vendedores: impreso sin dirección, impreso dirigido a un consumidor, carta tipo/normalizada, publicidad impresa con vale de pedido, catálogo con vale para pedido, anuncios por palabras, teléfono con intervención humana, teléfono sin intervención humana (sistema automático de llamadas, audiotexto), radio, videoteléfono (teléfono con imagen), videotexto (microordenador, pantalla de televisión) con tablero o pantalla táctil, correo electrónico, telefax, televisión (telecompra, televenta) y videocasetes. La enumeración, sin embargo, es meramente enunciativa. Como se dice en el considerando octavo del preámbulo(105), "la evolución permanente de estas técnicas no permite establecer una lista exhaustiva", aunque resulta preciso definir "unos principios válidos incluso para aquéllas que todavía se utilizan poco en la actualidad".

El empresario es libre de utilizar las técnicas de comunicación a distancia previstas en la Directiva, o cualesquiera otras que sean imaginables. Sin embargo, para la utilización de las que enumera el apartado segundo del art. 4 (telefax, correo electrónico, teléfono y sistema automático de llamadas) se precisa consentimiento *previo* del consumidor afectado.

En el marco del Derecho comunitario, el principio de libre prestación de servicios debe cohonestarse con la debida protección a los intereses económicos de los consumidores. En ocasiones, el respeto a estos intereses se traduce en la restricción a la utilización de determinadas técnicas de comunicación a distancia(106).

(105) Salvo que se indique otra cosa, las referencias al preámbulo tienen por objeto el de la Propuesta modificada de Directiva. Otro tanto cabe decir de los artículos que se citan en el texto.

(106) Pende ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la resolu-

46. Al margen del art. 1262 CC y de las intervenciones procedentes de las Comunidades Autónomas, no hay en nuestro Derecho ninguna normativa específica atinente a los contratos negociados a distancia(107). A la hora de incorporar a nuestro Derecho interno la Directiva sobre esta materia, será oportuno clarificar la normativa a la que se sujetan las *ventas por catálogo*. En la actualidad, esta modalidad de venta queda excluida del ámbito de aplicación de la Ley 26/1991 si concurren *cumulativamente* las circunstancias señaladas en el apartado séptimo del art. 2.1 de dicha Ley, a saber, que el consumidor haya

ción de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal holandés a propósito de la prohibición de la contratación telefónica de determinados servicios financieros ("cold calling") (Asunto C-384/93; Alpine Investments B.V. c/ Minister van Financiën). Las conclusiones presentadas por el Abogado General en la sesión del 26 de enero de 1995 respaldan la restricción del uso de esa modalidad de incitación a contratar:

"1) El art. 59 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que es aplicable cuando una persona establecida en un Estado miembro propone por teléfono prestar servicios a unos clientes potenciales establecidos en otros Estados miembros.

2) Una legislación de un Estado miembro que prohíbe a las personas establecidas en su territorio realizar llamadas telefónicas no solicitadas a clientes potenciales establecidos en otros Estados miembros con el propósito de comercializar sus servicios constituye una restricción a la libre prestación de servicios.

3) a) La protección de los inversores y la preservación de la integridad de los mercados financieros pueden justificar la imposición de restricciones a la libre prestación de servicios.

3) b) El art. 59 no se opone a una legislación que, con la finalidad de impedir los abusos que puedan causar un perjuicio a los inversores, prohíbe una práctica que consiste en realizar llamadas telefónicas no solicitadas a clientes potenciales que residen en otros Estados miembros con la finalidad de proponerles servicios relacionados con la inversión en valores mobiliarios y mercancías".

La prohibición de la utilización del teléfono como medio para formular incitaciones a contratar determinados servicios, que es la solución propuesta por el Abogado general, se ajusta a la doctrina previamente sentada en otras decisiones por el Tribunal de Luxemburgo, cuando declara la no contradicción con el Derecho comunitario de aquellas normativas que impiden que ciertos productos puedan ser vendidos a través de una determinada práctica comercial. Así, la Sentencia de 16 de mayo de 1989 (Asunto C-382/87; R. Buet et S.P.R.L. Educational Business Services c/ Ministère Public; *Recueil* pp. 1235 ss.) estima no disconforme con el Derecho comunitario la normativa francesa prohibitiva de la venta a domicilio de material pedagógico (cfr. art. 8 II de la Ley 72-1137, de 22 de diciembre de 1972, sobre *démarchage*; no hay prohibición equivalente en el *Code de la Consommation*, salvo la advertencia genérica del art. 121-33). Sobre esta Sentencia, P. WYTINCK, "La loi belge sur les activités ambulantes et le traité CEE", *Rev.Dr.Comm.Bel*, 1991, pp. 303 ss.

(107) Con todo, los Profesores R. BERCOVITZ y A. CARRASCO PERERA prepararon a finales de 1988, por encargo del Ministerio de Sanidad y Consumo, un valioso Borrador de Anteproyecto de Ley de Ventas por Correo que no pasó de ser un mero documento interno de trabajo. El Borrador está publicado en *Estudios sobre Consumo* 21 (1991), pp. 41 ss.

tenido oportunidad de consultar el catálogo en ausencia del empresario o de quien actúe por cuenta suya, que se haya previsto una continuidad de contacto entre el empresario y el consumidor en lo referente a la operación que se realiza o a otra posterior y que el catálogo y el contrato mencionen claramente el derecho de rescisión o de devolución de las mercancías que corresponde al consumidor. La ausencia de cualquiera de estas circunstancias determina la sumisión de la operación al ámbito de la Ley 26/1991.

La Propuesta de Directiva sobre contratos negociados a distancia incluye el catálogo con vale de pedido como una de las técnicas de comunicación a distancia susceptibles de ser utilizadas por el empresario. Ello significa que, según esta Directiva, las ventas por catálogo tienen la consideración de ventas a distancia, sujetas por lo tanto a su ámbito de aplicación. El legislador español deberá aclarar en su momento si las ventas por catálogo se someten a la Ley 26/1991 o a la que incorpore la Directiva sobre contratos a distancia, pues no parece razonable que, en función de la concurrencia o no de unas determinadas circunstancias, se sujete a una u otra. En mi opinión, la opción más correcta consiste en derogar el apartado séptimo del art. 2.1 de la Ley 26/1991 y someter *todas* las operaciones de venta por catálogo a la normativa que en su día incorpore al Derecho interno la Directiva sobre contratos a distancia(108).

47. No obstante tratarse de contratos celebrados sin la presencia física simultánea de las partes implicadas, la Directiva excluye de su ámbito de aplicación (art. 3) los distribuidores automáticos y los locales comerciales automatizados(109). También se excluyen los contratos de suministro de alimentos, de bebidas o de otros bienes de hogar de consumo corriente suministrados a domicilio por distribuidores que realicen entregas frecuentes y regulares [cfr. también arts. 3.2.b) de la Directiva 85/577/CEE y 2.6° de la Ley 26/1991]. La exclusión explícita de este tipo de operación del ámbito de la Directiva es en rigor innecesaria porque, en la medida en que concurren físicamente el vendedor

(108) También sería oportuno que se emitiera algún pronunciamiento sobre las ventas por muestrario aludidas en el art. 10.1.c).2° LCU. En particular, que el legislador aclarara si la venta por muestrario es una forma de venta por catálogo, bien que acompañada de una muestra que permite al consumidor representarse mentalmente la naturaleza del bien que puede adquirir, o si, por el contrario, es una modalidad de venta distinta que precisa un régimen jurídico propio, acaso de menor protección para el consumidor.

(109) Téngase en cuenta que la Proposición modificada de Ley de Comercio dedica sus arts. 49 a 52 a la venta automática, con total independencia de la regulación de la venta a distancia.

("distribuidores", dice la Directiva) y el comprador, no hay una incitación a contratar formulada a través de una técnica de comunicación a distancia, ni tampoco el contrato se perfecciona con la ayuda de una de esas técnicas. Al no tratarse de un hecho perteneciente a la definición de venta a distancia del art. 1 de la Directiva, su exclusión deviene superflua. Tampoco es venta a distancia la práctica consistente en llevar al domicilio del comprador las bebidas y alimentos "adquiridos o encargados por los consumidores en establecimientos comerciales autorizados para venta al público" [cfr. art. 5.2.d) LCU]. Es meramente una forma de *entregar* bienes previamente comprados por el consumidor.

48. La Propuesta inicial de Directiva excluía de su campo de aplicación los productos realizados a medida y los servicios con reserva (transporte, alojamiento, restauración y espectáculos). En cambio, en la Propuesta modificada estos contratos se sujetan a la Directiva, aunque el consumidor carece de la posibilidad de ejercitar el derecho de rescisión (cfr. art. 11.4).

B) Las ofertas contractuales a distancia y la aceptación del consumidor

49. La Propuesta de Directiva emplea reiteradamente la expresión "incitación a contratar", entendiendo por tal "toda comunicación a distancia —sea pública o individualizada— que contenga los elementos esenciales de manera que su destinatario pueda suscribir directamente un compromiso contractual". La versión modificada añade a continuación de este concepto, que procede sustancialmente de la versión inicial, un añadido bastante clarificador: "No se considerarán incitación a contratar aquellos actos publicitarios que no contengan todos los elementos esenciales para que el consumidor pueda contraer directamente una obligación". En realidad, tanto la definición de la locución "incitación a contratar" como la adición operada en la versión modificada responden a la pretensión, manifestada en el preámbulo de la Directiva, de "establecer claramente la diferencia entre publicidad e incitación" (considerando octavo).

Caracterizada de esa manera, la "incitación a contratar" no es sino una auténtica *oferta contractual*, hecha por un comerciante bien a personas determinadas y concretas (p.ej., si la técnica de comunicación a distancia empleada por el empresario se traduce en una oferta personal a un individuo concreto; así, la hecha por fax, correo electrónico,

teléfono con intervención humana,...), bien al público en general (p.ej., las hechas mediante un anuncio por palabras, la radio o la televisión). Si lo característico de la oferta contractual consiste en tener un contenido suficientemente determinado, de tal modo que la aceptación del destinatario baste por sí sola para que el contrato quede perfeccionado(110), lo que la Directiva denomina "incitación a contratar" es una verdadera oferta contractual.

50. De ordinario, la *publicidad* no constituirá, a los efectos de la Directiva, "incitación a contratar", por la sencilla razón de que los mensajes publicitarios carecen normalmente de los datos esenciales que permiten la perfección del contrato por la simple aceptación del destinatario de la oferta. La propuesta de Directiva, sin embargo, no descarta absolutamente que la publicidad pueda funcionar como una verdadera oferta contractual. En efecto, el precepto se limita a excluir de la consideración de "incitación a contratar" aquellos actos publicitarios "que no contengan todos los elementos esenciales para que el consumidor pueda contraer directamente una obligación". Lo que supone admitir implícitamente que, en alguna circunstancia concreta, los actos publicitarios pueden contener todos esos elementos. De ser así, tales actos habrán de tratarse como verdaderas "incitaciones a contratar" u ofertas contractuales(111). La publicidad que es mera *invitatio ad offerendum* está sujeta a la Directiva en cuanto acto preparatorio.

51. La aceptación por parte del destinatario de la oferta contractual

(110) En este sentido, por todos, M^a. C. GOMEZ LAPLAZA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO/S. DIAZ ALABART), XVII-1^o B (1993), pp. 59 ss.; y E. LALAGUNA DOMINGUEZ, "Sobre la perfección de los contratos y el Código Civil", *Estudios homenaje Roca Juan*, 1989, pp. 409-410 [= *Centenario del Código Civil*, II (1990), pp. 1071 ss.]. Sobre la oferta al público, que debe reunir los mismos requisitos que la oferta individualizada para merecer realmente el nombre de tal, cfr. también M^a. C. GOMEZ LAPLAZA, *Comentarios*, cit., pp. 97 ss.

(111) El contraste entre la versión primitiva de la Directiva y la modificada proporciona un no desdeñable soporte a esta tesis. En la versión inicial, tras definirse el concepto de "incitación a contratar", se excluía de esa consideración "la mera publicidad". En la versión modificada, en cambio, la Comisión de la CEE se ve en la necesidad de establecer distingos. Ya no hay una genérica referencia a "la mera publicidad", sino a la publicidad que no contiene los elementos necesarios para que el contrato quede perfeccionado por la simple aceptación del destinatario. O sea, a la publicidad que no constituye oferta contractual. Desde otra óptica, tanto la publicidad que actúa como *invitatio ad offerendum* como la publicidad-oferta son "publicidad" en el sentido legal del término (cfr. art. 2 LGP), esto es, comunicaciones dirigidas a promover la contratación de bienes y servicios, aunque con mayor grado de vinculación para el empresario anunciador en el segundo caso que en el primero.

hecha por un empresario es lo que la Propuesta de Directiva denomina "pedido". En efecto, por "pedido" se entiende la expresión por el consumidor de su voluntad de suscribir un compromiso contractual. Ello significa, desde la perspectiva de nuestro Derecho codificado, que el sistema de perfección de los contratos celebrados a distancia establecido en la Propuesta de Directiva no difiere del que consagra el art. 1262 CC, pues también en el ámbito de aplicación de la norma europea el consentimiento se manifiesta "por el concurso de la oferta y de la aceptación"(112). Los problemas que se suscitan en el ámbito de la Directiva son otros. Así, en determinados casos (piénsese en particular en los contratos celebrados por teléfono, por fax o por correo electrónico) puede ser dificultoso a alguna de las partes proveerse de un adecuado medio de prueba que, en caso de conflicto, permita acreditar inequívocamente la realidad del contrato celebrado(113).

Por otra parte, la determinación del lugar de celebración del contrato, cuando se trata de una venta a distancia *transfronteriza*, resulta indiferente en orden a la fijación del tribunal competente en caso de litigio, pues, aun cuando se aplicara una regla tan poco favorable al consumidor como la contenida en el art. 1262 II *in fine* CC, lo cierto es que la vigencia en nuestro país del Convenio de Bruselas de 1968 salva convenientemente el interés del comprador de no ser demandado ante un tribunal distinto del de su domicilio(114). Para el caso de las ventas *inter-*

(112) En realidad, lo que la Directiva deja claro es que el "pedido" constituye aceptación de la incitación a contratar, pero no que el contrato se perfecciona en el momento en que el consumidor formula el "pedido", o éste llega a conocimiento del comerciante. La posición que se sostiene en el texto es la que más se ajusta a nuestro sistema codificado de perfección de los contratos celebrados entre ausentes, si bien la redacción de la Directiva no impide que la perfección del contrato se produzca en un momento posterior a la emisión del "pedido" o al conocimiento de éste por parte del proveedor. En particular, la caracterización del "pedido" como "voluntad de suscribir un compromiso contractual" no constituye obstáculo para que, al igual que ha sucedido al incorporar la Directiva sobre ventas fuera de establecimiento, algunos Estados miembros (pero no el nuestro, pese a una extendida e inexacta opinión doctrinal) hayan retardado el momento de la perfección del contrato hasta el transcurso del plazo de siete días durante el cual el comprador puede ejercitar su derecho de revocación.

(113) Para el caso de los contratos concertados por medios electrónicos, v. G. ALCOVER GARAU, "La firma electrónica como medio de prueba", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 13 (1994), pp. 53 ss., con ulteriores referencias.

(114) Así, según el art. 14 del Convenio (en su "versión codificada" o texto refundido, publicado en el DOCE nº C 189, de 28 de julio de 1990, y recogido en A. BORRAS RODRIGUEZ/N. BOUZA VIDAL/J. D. GONZALEZ CAMPOS/M. VIRGOS SORIANO, *Legislación básica de Derecho internacional privado*, 1991, pp. 68 ss., por donde cito), el consumidor puede demandar a su vendedor ante los Tribunales del Estado contratante

nas, lo deseable es que se generalice la solución aportada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1994, que recayó además sobre una venta a distancia(115), aunque no sería inoportuno que en la normativa interna de desarrollo de la Directiva se introdujera una regla de fijación *legal* de fuero en favor del domicilio del consumidor(116).

52. El art. 5.2 de la Propuesta de Directiva impone que en toda incitación a contratar deba constar inequívocamente su objetivo comercial.

donde estuviese domiciliado el vendedor o ante los Tribunales del Estado contratante en que estuviese domiciliado el propio consumidor; en cambio, la acción entablada *contra* el consumidor sólo podrá interponerse ante los Tribunales del Estado contratante en que estuviese domiciliado el consumidor. El mismo régimen se contiene en el art. 14 del Convenio de Lugano de 16 de diciembre de 1988, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, ratificado por Instrumento de 9 de agosto de 1994 (BOE n° 251, de 20 de octubre de 1994). Desde el momento en que España es parte del Convenio de Bruselas, pierde gran parte de interés la discusión sobre si la regla del art. 22.4 LOPJ puede ser o no invalidada por un acuerdo de prorrogación de fuero en un contrato celebrado por un consumidor (sobre este particular, en favor de la invalidez del acuerdo de prórroga por resultar perjudicial para el consumidor, por todos, M. AMORES CONRADI, "La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ", REDI 1989, pp. 142 ss.)

(115) La mencionada Sentencia resolvió una cuestión de competencia territorial planteada entre una conocida empresa editorial (Salvat Editores, S.A., cuya sede social radica en Barcelona) y un adquirente domiciliado en (el partido judicial de) Córdoba. Interpuesta ante los Juzgados de Barcelona una demanda de reclamación de cantidad por la parte vendedora, el comprador planteó cuestión de competencia por inhibitoria ante el Juzgado de su domicilio. El Tribunal Supremo resuelve en favor del tribunal del domicilio del comprador, alegando que "las circunstancias externas que configuran la cláusula y la naturaleza del contrato en que se inserta no permiten atribuir a la misma la claridad y el carácter de manifiesta e inequívoca expresión concorde de la voluntad de las partes que la validez del pacto de sumisión expresa requiere". A lo que añade que "el sentido más informal aparentemente de la carta-pedido, la inclusión en letra pequeña y caracteres menores que las principales del contrato la referida cláusula, su estampado en el reverso como disminuyendo su importancia y, en suma, la naturaleza de contrato de adhesión que revela el documento cuestionado, propician que objetivamente pueda desconocerse su verdadero alcance".

Esta Sentencia de 20 de julio de 1994 dice "consolidar" la doctrina previamente establecida en la de 23 de julio de 1993 (por error la cita como del año 1992), lo que supone un abandono de la tesis sustentada en las Sentencias de 31 de mayo de 1991, 12 y 18 de junio de 1992 y 22 de julio de 1992, que se pronunciaron, en el marco de litigios que enfrentaban a algunas comunidades de vecinos con las empresas encargadas del mantenimiento de los ascensores, en favor de la validez de las cláusulas sumisórias contenidas en condiciones generales de los contratos.

(116) Así lo ha hecho, sin que viniera impuesto por la Directiva correspondiente, el art. 4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo. Y así se intentó también, aunque al final no trascendiera a la versión definitiva, cuando se afrontó la transposición de la Directiva 85/577/CEE, sobre ventas fuera de establecimiento mercantil (cfr. M^o. C. GOMEZ LAPLAZA, *Comentarios*, cit., pp. 144-145).

La finalidad de esta prescripción es evitar en los destinatarios de la incitación cualquier confusión sobre el carácter de la misma. En concreto, se exige que la forma de presentación de la incitación sea lo suficientemente elocuente como para que un consumidor de carácter medio se aperciba de que es destinatario de una oferta contractual, y que ha de meditar su respuesta porque la aceptación comporta por sí sola la perfección de un contrato.

C) Limitaciones a la utilización de técnicas de comunicación a distancia

53. La incitación a contratar, sea cual fuese la técnica de comunicación a distancia utilizada, está sujeta a una serie de límites. En primer lugar, el empresario que se dedique a este tipo de actividad debe respetar la lealtad en materia de transacciones comerciales y los principios de protección de menores o de aquellas personas que en virtud de la legislación de los Estados miembros sean incapaces de manifestar su consentimiento (art. 5.1). Esta doble limitación sirve a intereses dignos de protección pero de muy distinta categoría. Así, la necesidad de respetar la lealtad en materia de transacciones comerciales nos remite a un juicio propio del Derecho de la competencia desleal: se exige que el empresario que se vale habitualmente de técnicas de comunicación a distancia observe un comportamiento que resulte de modo objetivo conforme a las exigencias de la buena fe (cfr. art. 5 LCD). Por otra parte, la modulación de la libre utilización de las técnicas de comunicación a distancia en razón de las personas de sus destinatarios tiene su explicación en la necesidad de proteger a lo que se ha dado en llamar *subconsumidores*, esto es, consumidores con una capacidad de discernimiento inferior a la normal (niños, ancianos, analfabetos, etc.). Es discutible si, en desarrollo de la Directiva, el Derecho interno puede optar, lisa y llanamente, por prohibir las ofertas contractuales a distancia dirigidas a este tipo de personas(117).

(117) El problema está actualmente pendiente de resolución por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque no a propósito de una incitación a contratar, sino de la publicidad específicamente dirigida a menores. En efecto, una cuestión prejudicial planteada por el *Marknadsdomstolen* sueco, en un litigio emprendido por el Ombudsman de los consumidores, pregunta al Tribunal si es conforme con el art. 59 del Tratado CEE y con la Directiva 89/552/CEE, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, una

54. Aparte de las anteriores, la utilización de las técnicas de comunicación a distancia está sujeta a otras tres limitaciones impuestas por el art. 4 de la Propuesta. El primer límite, ya aludido en un momento anterior, es el que consiste en la necesidad de contar con el consentimiento previo (y expreso) del consumidor para la utilización de las técnicas de comunicación a distancia que causan una mayor y más intolerable intromisión en la vida privada del consumidor. Así sucede, según la Propuesta (aunque la lista es ampliable por los Estados miembros), con el telefax, el correo electrónico, el teléfono y el sistema automático de llamadas(118). Se trata en estos casos de garantizar al consumidor el "derecho a la tranquilidad" (considerando octavo de la Propuesta inicial de Directiva; esta elocuente referencia ha desaparecido sin embargo en la Propuesta modificada).

55. En segundo lugar, los Estados miembros deben adoptar en desarrollo de la Directiva las medidas necesarias para garantizar una protección eficaz al consumidor que haya dado a entender que no desea ser objeto de tales incitaciones. Este derecho de los consumidores se encuentra en la práctica garantizado a través de diversos sistemas ideados por las propias asociaciones de comerciantes a distancia, tales como las denominadas 'listas Robinson' o, en Francia, el 'stop publicité'. La Sentencia del BGH alemán de 20 de diciembre de 1988 sostiene que el envío de publicidad por correo en contra de la voluntad expresamente declarada del consumidor, aparte de una violación de sus derechos de la personalidad, puede constituir una vulneración

legislación nacional que prohíbe los mensajes publicitarios destinados especialmente a los niños, cuando se trata de publicidad televisada emitida a partir de otro Estado miembro y difundida en territorio sueco por medio de un satélite [Asunto C-34/95: Konsumentombudsmannen (KO) c/De Agostini (Svenska) Förlag AB].

En el Derecho español, el art. 16.a) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, que incorpora al ordenamiento jurídico interno la mencionada Directiva 89/552/CEE, afirma que la publicidad televisiva "no deberá incitar directamente a tales menores a la compra de un producto o de un servicio explotando su inexperiencia o su incredulidad, ni a que persuadan a sus padres o tutores, o a los padres o tutores de terceros, para que compren los productos o servicios de que se trate".

(118) En Alemania, la publicidad por teléfono y por fax es esencialmente ilícita, salvo que se cuente con el consentimiento previo del consumidor, y su represión está garantizada desde hace tiempo en aplicación de la legislación sobre competencia desleal. Véase, con amplias referencias, A. TATO PLAZA, "Publicidad directa y competencia desleal", *RJC* 1994, pp. 591 ss. El trabajo constituye un espléndido ejemplo de la benéfica función que el Derecho de la competencia desleal cumple en la protección de los consumidores, en este caso a través de la represión de la publicidad intolerablemente molesta para el consumidor. Otro tanto cabe decir acerca de las prácticas empresariales constitutivas de "incitaciones a contratar", en el sentido de la Propuesta de Directiva de negocios celebrados a distancia, que presenten esa condición de muy molesta.

de su derecho de propiedad, que comprende también la facultad de decidir si en el buzón de su casa debe entrar material publicitario o no(119).

56. El tercer límite a la utilización de las técnicas de comunicación a distancia consiste en el respeto de las garantías que corresponden a toda persona física "en virtud de la legislación comunitaria relativa a la protección de la intimidad con respecto al tratamiento de datos personales". No existe al día de hoy en el ámbito de la CEE ninguna normativa sobre protección de la intimidad frente al tratamiento automatizado de datos personales, a salvo de una propuesta presentada hace algún tiempo y que hasta la fecha no ha fructificado(120). En el Derecho interno, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, contiene alguna referencia al supuesto concreto de utilización de ficheros automatizados por parte de empresas que realizan ofertas contractuales a distancia. En efecto, el art. 29 de la mencionada Ley Orgánica dispone que "quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad o venta directa y otras actividades análogas utilizarán listas tratadas automáticamente de nombres y direcciones u otros datos personales, cuando los mismos figuren en documentos accesibles al público o cuando hayan sido facilitados u obtenidos con su consentimiento", y que "los afectados tendrán derecho a conocer el origen de sus datos de carácter personal, así como a ser dados de baja de forma inmediata del fichero automatizado, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél, a su simple solicitud".

El art. 29 debe ser interpretado no en el sentido de que los empresarios que realicen ofertas contractuales a distancia deban por fuerza utilizar listas tratadas automáticamente que recojan los datos personales de los destinatarios de las ofertas. A pesar de que la forma verbal empleada por el precepto ("utilizarán") induce a sostener esa idea, la interpretación más correcta es la que pasa por entender que esos empresarios únicamente pueden valerse de listas automatizadas si los datos que se incluyen en los ficheros son libremente accesibles al público (y también, por tanto, al empresario que se dedica habitual-

(119) Referencias en A. TATO PLAZA, "Publicidad directa y competencia desleal", *RJC* 1994, p. 598.

(120) Se trata de la Propuesta de Directiva relativa a la protección de las personas respecto al tratamiento de datos de carácter personal (*DOCE* n° C 277, de 5 de noviembre de 1990). Téngase también en cuenta la Recomendación 94/820/CEE, de 19 de octubre de 1994, sobre aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (*DOCE* n° L 338, de 28 de diciembre de 1994).

mente a la realización de ofertas contractuales a distancia), o bien si han sido facilitados al empresario por el propio consumidor u obtenidos por el empresario con el consentimiento del consumidor(121). Los datos proporcionados por el consumidor, u obtenidos por el empresario con la autorización de éste, no podrán ser cedidos a otros empresarios si no es con el previo consentimiento del consumidor afectado (v. art. 11.1 de la Ley Orgánica 5/1994), quien disfruta asimismo de los derechos de información, rectificación y cancelación reconocidos en los arts. 13 y 15 de la misma Ley. Por último, la posibilidad de que los datos del consumidor que figuren en el fichero del empresario deban ser cancelados "a su simple solicitud" supone, si es atendida por el titular del fichero automatizado, una garantía suficientemente amplia del derecho a la tranquilidad del consumidor, de su derecho a ser dejado en paz y a no ser agobiado con ofertas contractuales a distancia.

D) Las ofertas contractuales por televisión

57. Cuando se trata de incitaciones a contratar emitidas por televisión, es preciso cumplir, *además* de las prevenciones contenidas en la Directiva sobre contratos negociados a distancia, las recogidas en la ya citada Directiva 89/552/CEE, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. La Directiva 89/552/CEE ha sido incorporada al Derecho español por virtud de la Ley 25/1994, de 12 de julio, que especifica las condiciones de la publicidad televisiva. En el marco de esta Ley, las incitaciones a contratar son tratadas como *una forma más de publicidad en televisión*; de hecho, la expresión empleada por la Ley 25/1994 para referirse a las ofertas contractuales realizadas por televisión es la de publicidad *en forma* de ofertas al público realizadas directamente para vender, comprar, alquilar bienes o productos o prestar servicios [cfr. arts. 13.7, 14.1, 14.3 y 15.1.c)].

Este tratamiento homogéneo que la Ley 25/1994 dispensa a la publicidad en sentido estricto y a las incitaciones a contratar (o, si se

(121) De hecho, cuando un consumidor realiza un "pedido" a distancia por correspondencia, es muy frecuente que en el boletín de pedido figure una advertencia hecha por el empresario al consumidor en el sentido de que, si no manifiesta una voluntad contraria, los datos consignados en el pedido serán incorporados por el empresario a su fichero de clientes, y utilizados para remitir al consumidor en lo sucesivo nuevas ofertas contractuales a distancia.

prefiere más precisamente, la consideración de las ofertas contractuales televisivas como una mera forma de publicidad), significa que las incitaciones deben respetar las limitaciones impuestas para la publicidad en general. Además, como es lógico, de aquéllas específicamente pensadas para las ofertas contractuales, por más que el número de estas disposiciones especiales no sea elevado. Así, el art. 13.7 señala la inaplicabilidad a las incitaciones a contratar de lo que ese precepto dispone para la publicidad en general; el art. 14.1 limita temporalmente la publicidad televisiva al 15% del tiempo diario de emisión, aunque permite que se dedique "además" un 5% para las incitaciones a contratar, siempre que la duración total de éstas no supere una hora diaria (art. 14.3); por último, el art. 15.1.c) prohíbe que en los programas de televisión patrocinados se hagan incitaciones a contratar productos o servicios del patrocinador o de un tercero, mediante referencias de promoción concretas a dichos productos o servicios.

58. Las ofertas contractuales hechas por televisión están llamadas a convertirse en un futuro no muy lejano, merced al desarrollo de la televisión transfronteriza por cable y por satélite, en un poderoso vehículo para formalizar ventas a distancia. En este contexto, la Propuesta de Directiva sobre contratos negociados a distancia no pretende erigirse en un obstáculo para la libre circulación de las emisiones lícitas de radiodifusión televisiva (cfr. art. 7), si bien reconoce en el considerando undécimo de su preámbulo (no así en el texto articulado de la Directiva) que un Estado miembro puede prohibir por razones de interés general la comercialización en su territorio de determinados productos y servicios realizada mediante contratos negociados a distancia, como ocurre con los medicamentos [cfr. art. 14 de la Directiva 89/552/CEE y art. 10.1.b) de la Ley 25/1994](122). La reciente adhesión al Tratado CEE de los países nórdicos, que por lo general cuentan con un sistema de protección de los intereses de los consumidores más elevado que el exigido por el propio Derecho de la CEE, está plan-

(122) La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de febrero de 1995, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de comercio de París, deja patente que el intento de liberalizar la circulación de mensajes publicitarios televisivos no es un objetivo que deba conseguirse a toda costa. En el caso litigioso (Asunto C-412/93: *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec c/ TF1 Publicité SA y M6 Publicité SA*), el Tribunal ha decidido que el Tratado CEE y la Directiva 89/552/CEE "deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que un Estado miembro, por vía legislativa o reglamentaria, prohíba la difusión de mensajes publicitarios en favor del sector económico de la distribución por los organismos de radiodifusión televisiva establecidos en su territorio". En el caso litigioso, se trataba de mensajes publicitarios sobre la distribución de carburante en los supermercados Leclerc.

teando los primeros problemas de ajuste de las normas internas a las comunitarias, precisamente al hilo de la recepción en el territorio de esos países de mensajes publicitarios procedentes vía satélite de otros Estados miembros(123).

E) Contenido de las ofertas contractuales a distancia

59. La utilización de una técnica de comunicación a distancia no debe conducir a una reducción de la información facilitada al consumidor, por lo que resulta conveniente determinar la información que ha de transmitirse obligatoriamente al consumidor cualquiera que sea la técnica de comunicación utilizada (considerando duodécimo). Lo que se garantiza exigiendo que en toda incitación a contratar tenga que informarse al potencial adquirente de modo claro e inequívoco, mediante todos los medios adecuados a la técnica de comunicación a distancia de que en cada caso se trate, sobre la identidad del proveedor, las características esenciales del producto o del servicio, el precio, con indicación de gastos de transporte e IVA si no están incluidos, el modo de pago, las modalidades de entrega o ejecución, el derecho de rescisión y el plazo de validez de la incitación a contratar (art. 6). También habrá de informarse al consumidor sobre si la utilización de la técnica de comunicación a distancia de que se trate para la transmisión del pedido o la ejecución del servicio tiene carácter oneroso (art. 5.3).

Una incitación a contratar que se ajusta a ese contenido mínimo permite al consumidor formarse adecuadamente su criterio acerca de si conviene o no a sus intereses la celebración del contrato. En última instancia, lo que se pretende es que el empresario suministre los datos esenciales para que su incitación pueda ser calificada como oferta contractual, de tal modo que la simple aceptación del consumidor perfeccione el contrato.

60. La práctica de las incitaciones a contratar que se hacen en las televisiones europeas demuestra que la oferta contractual hecha por

(123) Recientemente se han planteado dos cuestiones prejudiciales (Asuntos C-35/95 y C-36/95) en sendos litigios que enfrentan al Ombudsman de los consumidores de Suecia con una emisora de televisión, la TV-Shop i Svergie AB. El conflicto se suscita a propósito de la interpretación que ha de darse, desde la perspectiva del Derecho comunitario, a la normativa interna que prohíbe la transmisión de mensajes publicitarios que puedan inducir a error a los consumidores; en un caso se trata de publicidad de productos cosméticos, en el otro de productos de limpieza.

televisión no informa debidamente al consumidor de todos los extremos que acabamos de examinar. Consciente de ese hecho, el art. 7 de la Propuesta prevé que “si el contenido de la incitación a contratar con arreglo al artículo 6 no se ofrece en pantalla y cuando el consumidor así lo solicite, el proveedor estará obligado a comunicar dichas informaciones por escrito”. La opción tomada por la Propuesta, consistente en supeditar el suministro de información a la previa petición del consumidor, no es la más propicia para una correcta tutela de los intereses de los consumidores. Era sin duda preferible en este aspecto la disposición contenida en la Propuesta inicial de Directiva, que imponía ese deber de información al empresario con independencia de que mediara o no previa petición por parte del consumidor(124). Por lo demás, tampoco se comprende por qué se restringe la posibilidad del consumidor de solicitar la información cuando el contenido de la incitación a contratar “no se ofrece en pantalla”, pues la misma imposibilidad de que todos los datos del art. 6 se proporcionen al consumidor en el momento de realizar la incitación a contratar se produce en otras técnicas de comunicación a distancia muy utilizadas distintas del medio televisivo (anuncios por palabras, ofertas difundidas por radio...).

61. La Propuesta distingue con nitidez la información que se proporciona *al hacer la oferta contractual* (la del art. 6) de la que se debe suministrar *en el momento del cumplimiento* del contrato ya perfeccionado(125). Respecto de ésta, el art. 11 obliga al empresario a entregar al consumidor, a más tardar en el momento de la ejecución, información por escrito y en la lengua utilizada en la incitación a contratar(126) sobre los datos que especifica el propio precepto: los mencio-

(124) En efecto, según el art. 7 de la Propuesta inicial de Directiva, “el proveedor *deberá* comunicar por escrito la información prevista en el artículo 6 de la presente Directiva, a más tardar en el momento en que el proveedor y el consumidor entren en contacto directo”.

(125) Las razones de esta doble exigencia de información se manifiestan en el considerando decimosexto del preámbulo: “la información [se refiere ahora a la que se debe proporcionar en el momento de la oferta contractual] difundida por determinadas tecnologías electrónicas tiene a menudo un carácter efímero, en la medida en que no se recibe un soporte duradero”, por lo que resulta necesario “que se haga llegar al consumidor por escrito, a más tardar en la fecha de entrega del bien o de prestación del servicio, el contenido del contrato y todos los datos necesarios para su correcta ejecución”.

(126) El Consejo Económico y Social sugirió en su Dictamen que la información se proporcionara en una lengua perfectamente comprensible para el adquirente, en el

nados en el art. 6 de la Directiva; la denominación y dirección del establecimiento del proveedor más indicado desde el punto de vista del consumidor; las modalidades de pago, incluidas las condiciones de crédito o de pago escalonado; el modo de aplicación del derecho de rescisión, con arreglo al art. 12; y otras condiciones contractuales, como las condiciones de garantía(127).

En principio, lo anterior significa que, en el momento de la ejecución del contrato por parte del empresario, éste debe volver a proporcionar al consumidor la información que ya le suministró al realizar la oferta contractual. Tal es el sentido de la remisión a los datos mencionados en el art. 6 de la Directiva. Se advierte, sin embargo, que la información que se proporciona en el momento de la ejecución es *más detallada* que la que fue suministrada al hacer la incitación a contratar. Así, en la incitación había que informar al consumidor sobre "la identidad del proveedor", mientras que al ejecutar el contrato hay que informarle sobre "denominación y dirección del establecimiento del proveedor más indicado desde el punto de vista del consumidor". Lo mismo sucede a propósito de otras informaciones. Así, a la información sobre los "modos de pago" que se ha de proporcionar en la incitación se añade en el momento de la ejecución contractual la que versa sobre "modalidades de pago, incluidas las condiciones de crédito o de pago escalonado"; parecidamente, en la incitación se informa al consumidor sobre el derecho de rescisión que le asiste, pero es en el momento de la ejecución cuando se le

entendimiento de que utilizar para la información escrita la misma lengua que la empleada para la incitación a contratar pudiera no proteger suficientemente al consumidor en algunos casos (piénsese en una incitación recibida por un consumidor español a través de un canal alemán de televisión por satélite: cabe que el consumidor conozca la lengua alemana en grado suficiente para entender la incitación, pero no lo bastante como para comprender la información que el empresario le proporciona en dicha lengua). Esta sugerencia no fue atendida por la Comisión.

(127) No existe esa obligación suplementaria de información cuando se trate de "servicios prestados directamente por vía telemática, es decir, aquellos cuya ejecución se realice utilizando una técnica de comunicación a distancia, cuando éstos se presten en una sola vez" (art. 11.2). No obstante, el operador de la técnica de comunicación (que el art. 2 de la Propuesta define como la persona física o jurídica, pública o privada, que pone a disposición de los proveedores o de los consumidores las distintas técnicas de comunicación a distancia) tendrá en esos casos la obligación de transmitir al consumidor, si éste así lo solicita, la denominación y dirección del proveedor más indicado para el consumidor, así como los gastos (*sic*) correspondientes a este servicio. No se comprende por qué se impone la obligación al operador de la técnica de comunicación a distancia, cuando lo cierto es que la obligación de información incumbe a la contraparte del contrato, esto es, al comerciante que utiliza la mencionada técnica.

comunica el “modo de aplicación” (*rectius*: “modo de ejercicio”) de ese derecho.

F) Ejecución del contrato celebrado a distancia

62. El “pedido” de un consumidor, hecho en respuesta a una incitación a contratar formulada por un empresario valiéndose de la utilización de una técnica de comunicación a distancia, perfecciona el contrato a distancia(128). A partir de ese momento, las partes están recíprocamente obligadas al cumplimiento de sus compromisos. Uno de los peligros más comunes en los contratos celebrados a distancia está constituido por el retraso del empresario en la entrega de la cosa convenida, o en la prestación del servicio acordado. La Propuesta de Directiva pretende atajar esta situación fijando al proveedor el plazo de treinta días desde la perfección del contrato (desde “la recepción del pedido por el proveedor”, dice el art. 10) para cumplir con su prestación. Se trata de un plazo dispositivo, previsto para el caso de que no se haya fijado ningún otro *en la incitación a contratar*(129). No obstante el silencio de la Propuesta, la libertad del empresario se mueve en un ámbito menos espacioso del que se desprende de la literalidad del art. 10. En efecto, la única interpretación razonable de la posibilidad que se concede al proveedor de establecer en la incitación el plazo para cumplir con su prestación pasa por entender que puede imponer un plazo *inferior* a los treinta días señalados en la Propuesta, pero no uno *superior* a ese lapso de tiempo. Admitir lo contrario se traduciría de hecho en dejar a la voluntad unilateral del proveedor la fijación, *sin límite máximo alguno*, del momento en que debe cumplir con su prestación.

(128) Tal es la posición que se viene manteniendo en este trabajo, aunque con la advertencia que se expresó precedentemente (v. *supra* nota 112). No ocurre así, sin embargo, en otros ordenamientos jurídicos, donde la perfección del contrato se somete a la *conditio iuris* del transcurso de siete días sin que el consumidor manifieste una voluntad contraria. Tal es el caso del Derecho belga, cuya Ley sobre prácticas de comercio y sobre la información y la protección del consumidor, de 21 de julio de 1991, afirma en su art. 77 que la venta a distancia no se perfecciona sino cuando transcurren siete días contados a partir del día siguiente al de la entrega del producto (referencias en J. L. FAGNART, “Le projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l’information et la protection du consommateur”, *Rev.Dr.Comm.Bel.*, 1991, pp. 285-286, para quien en ese ínterin se trata de una venta a ensayo).

(129) En esos términos se pronuncia el art. 10 de la Propuesta, aunque en su preámbulo se lee otra cosa bien distinta. En efecto, en el considerando decimoquinto se pondera la necesidad de “prever un plazo de ejecución del contrato si éste no se ha precisado al efectuar el pedido”.

En Francia se ha juzgado abusiva la cláusula que preveía el carácter meramente indicativo del plazo previsto para la entrega del producto y que eximía a la empresa de cualquier responsabilidad por el retraso(130). A la misma solución se llega entre nosotros en aplicación de los arts. 1256 CC y 10.1.c).3º LCU.

63. El consumidor no estará obligado a efectuar ningún pago con anterioridad a la entrega del producto o a la prestación del servicio (art. 8). Esta regla, que no se encontraba en la Propuesta inicial de Directiva, se justifica porque, a diferencia de lo que ocurre en los contratos negociados en los establecimientos comerciales, el consumidor corre en los negociados a distancia un mayor riesgo en cuanto a la fiabilidad económica del proveedor. La Propuesta reconoce al consumidor el derecho a no pagar por adelantado, pero no impide que el profesional le proponga esa forma de pago del precio (total o parcialmente), y que el consumidor la acepte (considerando decimotercero).

64. El art. 13 de la Propuesta de Directiva regula el pago por tarjeta del importe del precio de la venta a distancia, contemplando en particular el caso de pago fraudulento(131). El presupuesto de que parte el precepto es, en efecto, el de la impugnación por el titular de una tarjeta del pago realizado con la misma "sin que se haya presentado al cobro o identificado electrónicamente el medio de pago". A mi parecer, el precepto se refiere a la hipótesis en la cual se realiza un pago a cargo de una tarjeta *ajena*, esto es, no perteneciente al comprador del producto(132). En ese grupo de casos, resulta que el importe de la venta es en última instancia pagado por una persona distinta del comprador. Si la tarjeta no se presenta al cobro o se identifica electrónicamente, lo que por definición resulta imposible si el comprador no tiene material-

(130) Sentencia del Tribunal de Casación de 16 de julio de 1987 (*Dalloz* 1988, Jurisprudencia 49).

(131) El tenor literal del precepto es el siguiente: "Cuando el titular de una tarjeta de pago impugne la validez de una operación en la que conste el número de la tarjeta, sin que se haya presentado o identificado electrónicamente el medio de pago, dicha operación quedará anulada. Los correspondientes adeudo y reabono en, respectivamente, las cuentas del proveedor y del titular se efectuarán a la mayor brevedad, sin perjuicio de la indemnización y del pago de intereses en caso de impugnación abusiva".

(132) En la práctica cotidiana de las ventas a distancia es muy frecuente ofrecer al comprador la posibilidad de pagar con cargo a una tarjeta de crédito, identificada a través de su número. En este contexto, no es descartable que el comprador estampe en su "pedido" el número de una tarjeta que no le pertenece, a cuyo conocimiento accede a través de cualquier manera (p.ej., porque el auténtico titular extravía la tarjeta, pero también porque yo, que conozco el número de tarjeta de mi hermano, llevo a cabo una compra haciendo uso de él).

mente la tarjeta, su titular protestará ante su entidad de crédito el cargo que se realiza en la cuenta asociada a la tarjeta y negará haber verificado la compra de que se trata. La acreditación de estos extremos puede revestir en ciertas ocasiones algunas dificultades probatorias, pero, si se consiguen superar, el precepto ordena que la operación "quedará anulada".

La Propuesta no aclara debidamente si lo que se anula como consecuencia de un pago fraudulento a través de tarjeta de crédito es la venta a distancia, el contrato como un todo, o únicamente el pago, con la obvia consecuencia de restituir al titular de la tarjeta el metálico indebidamente cargado. La lógica aconseja optar por la primera solución, pues ciertamente no tiene sentido mantener el contrato y, simultáneamente, obligar al vendedor a restituir el dinero percibido con cargo a una cuenta que no pertenece al comprador, que sería la situación que se produciría de estimar que la "operación" cuya nulidad decreta el art. 12 hace referencia al pago. Con todo, el acogimiento de la primera de las dos alternativas expuestas tropieza con un obstáculo difícilmente superable como no sea a través de un mandato expreso del legislador. En efecto, si se estima que la "operación" que queda anulada como consecuencia de la utilización de una tarjeta de crédito ajena es el propio contrato de venta a distancia, se produce una notable alteración del sistema de medios de protección que el Derecho civil reconoce al vendedor ante el incumplimiento de la contraparte. Dicho con otras palabras, la aplicación del art. 12 de la Directiva en sus términos literales conduciría a entender que la utilización por el comprador de una tarjeta ajena para verificar el pago del precio del negocio a distancia comporta una *nulidad del contrato*, siendo así que el impago del precio de la compra no se sanciona por el Derecho civil con el remedio de la nulidad contractual, sino con otros bien diversos (cfr. arts. 1101 y 1124 CC).

En cualquiera de los dos casos, la consecuencia de la utilización fraudulenta de una tarjeta de crédito ajena para verificar el pago del precio de un contrato a distancia obliga a la restitución del dinero indebidamente cobrado por el proveedor. Esta restitución, que según la Propuesta de Directiva habrá de realizarse "a la mayor brevedad posible", se materializa en la práctica de un adeudo en la cuenta del vendedor y un correlativo reabono en la cuenta del titular de la tarjeta. La restitución se lleva a cabo "sin perjuicio de la indemnización y del pago de intereses en caso de impugnación abusiva". El sentido de esta salvedad no es diáfano. A mi parecer, se refiere a aquellos casos en que el vendedor consiga acreditar que la impugnación del pago hecha por

el titular de la tarjeta carece de fundamento. Esto es lo que la Propuesta de Directiva denomina "impugnación abusiva", en referencia a la que hace el consumidor sin ninguna razón atendible. Puesto que el reabono en la cuenta del titular de la tarjeta debe hacerse "a la mayor brevedad posible", cabe que la acreditación por el vendedor del carácter abusivo de la impugnación hecha por el titular de la tarjeta acaezca con posterioridad a la restitución del precio. En tales casos, el vendedor tiene derecho al pago de una "indemnización", cuya cuantía no puede razonablemente ser diferente del montante del precio, incrementado con la reparación de daños en su caso más "intereses" (los legales, salvo pacto en contra).

65. Merece una especial referencia el caso de la utilización de tarjetas de crédito extraviadas por su titular o sustraídas por un tercero. Nuestra jurisprudencia penal es constante al sancionar como delito de robo con fuerza en las cosas, y no meramente hurto, la utilización de tarjetas de crédito sustraídas a su legítimo titular(133). Otro tanto habrá que decir, probablemente, si el ladrón, en lugar de utilizar la tarjeta de crédito para extraer dinero de un cajero automático, se vale de ella para pagar el precio de compras que realiza a distancia. En el plano civil, existe una corriente jurisprudencial que aprecia concurrencia de culpas en, de una parte, el titular de la tarjeta que no comunica tempestivamente su pérdida o sustracción y, de otra, el establecimiento mercantil que acepta el pago por tarjeta sin comprobar las firmas(134). Es discutible en qué medida cabe cohonestar esta doctrina

(133) En ese sentido, SSTS, Sala 2ª, 21 de septiembre de 1990, 8 de mayo de 1992 y 21 de abril de 1993. La subsunción se produce en el tipo del art. 504.4ª CP, pues, según la última de las Sentencias citadas, "la tarjeta de crédito es una verdadera y propia llave, de acuerdo con el concepto funcional que al respecto viene manteniendo la jurisprudencia". En la Sentencia de 8 de mayo de 1992, con todo, hay un voto particular en el que se defiende que la consideración de la tarjeta de crédito como "llave" constituye una interpretación analógica *in malam partem* prohibida por el art. 25.1 CE.

(134) Tal es la solución de la SAP Barcelona, Sección 12ª, de 14 de mayo de 1993 (*Ar.Civ.* 1993, 1187), a propósito del uso indebido de una tarjeta extraviada. Aunque la decisión versa no sobre una tarjeta de crédito bancaria, sino sobre una expedida por un establecimiento comercial (*in casu*, Galerías Preciados), su doctrina es aplicable a las bancarias. Antes de apreciar la concurrencia de culpas (mitad del titular de la tarjeta, mitad del establecimiento comercial), la Audiencia se preocupa de fundamentar la validez de la cláusula contenida en condiciones generales que obliga al titular de la tarjeta a comunicar su pérdida o extravío al establecimiento en determinado plazo. También aprecia concurrencia de culpas la SAP Málaga, Sección 4ª, de 9 septiembre 1994 (*Ar.Civ.* 1994, 2352), en un caso en que, según parece, fue un empleado de la entidad bancaria el que dispuso de cierta cantidad de dinero (más de medio millón de pesetas) con cargo a una tarjeta Visa cuyo número secreto conocía. La culpa concurrente se cifra en el 50%, pues el titular de la tarjeta, no obstante constatar la existencia de cargos no verifi-

con lo dispuesto en el art. 12 de la Propuesta de Directiva. Esta parece partir de una responsabilidad del proveedor que acepta el pago por tarjeta sin que se haya presentado o identificado electrónicamente, responsabilidad que únicamente cesa si acredita que la impugnación hecha por el titular de la tarjeta es "abusiva". A mi parecer, constituye un caso de impugnación abusiva la que lleva a cabo el consumidor que, no obstante haber perdido la tarjeta, o haber sufrido un robo o hurto de la misma, se abstiene de comunicar ese dato al banco emisor de la tarjeta. En esa hipótesis, no parece razonable imputar toda la responsabilidad al proveedor, incluso si ha admitido el pago con tarjeta sin que ésta se haya presentado o se haya identificado electrónicamente. Por el contrario, si la tarjeta se ha presentado o identificado electrónicamente, será necesario ponderar la conducta observada por los implicados y decidir sobre su eventual culpabilidad(135).

En cualquier caso, el banco que reclame al titular de una tarjeta el abono de los pagos realizados con ella debe estar en condiciones de acreditar la realidad de los actos dispositivos llevados a cabo por el titular mediante los oportunos justificantes de pago, y no el mero estado de cuentas confeccionado unilateralmente por la entidad(136).

cados por él, se abstuvo de comunicar ese dato al banco tan pronto como lo supo. De la capital importancia de dar pronto aviso al banco de la pérdida o sustracción de la tarjeta da fe la SAP Madrid, Sección 12ª, de 4 de julio de 1994 (*Ar.Civ.* 1994, 1492), que no estima la reclamación de su titular "al tratarse de cantidades sacadas con su tarjeta antes de dar aviso del extravío o sustracción". Ello a pesar de que, producido el robo cierto día, la sustracción fue comunicada a la entidad al día siguiente; en el ínterin, sin embargo, el sustractor consiguió extraer dinero a través del cajero. Pero si la tarjeta se pierde al ser enviada por correo a su titular, responde íntegramente el banco o el establecimiento emisor, como correctamente concluye la SAP Barcelona, Sección 12ª, de 17 de enero de 1992 (*Ar.Civ.* 1992, 363).

(135) Así, habrá que tener en cuenta si el proveedor fue diligente al identificar la tarjeta y asegurarse de la identidad del portador. También se valorará el comportamiento del verdadero titular de la tarjeta; en particular, si fue o no diligente a la hora de comunicar en tiempo a la entidad emisora de la tarjeta su extravío o sustracción. En fin, respecto del comportamiento de la entidad emisora será relevante constatar si, una vez comunicado el extravío o sustracción, hizo lo que estuvo en su mano para impedir que un tercero pudiera utilizar la tarjeta.

(136) Esta doctrina, que se recoge en numerosas Sentencias de la AP Alicante, tales como las de 18 de enero de 1993 (*Ar.Civ.* 1993, 35; *Act.Civ.* 1993, 528), 12 de julio de 1994 (*Act.Civ.* 1994, 1427) y 30 de enero de 1995 (*Ar.Civ.* 1995, 129), es preferible a la que en sentido parcialmente contrario sustenta la SAP Ciudad Real, Sección 2ª, de 20 de mayo de 1993 [*Act.Civ.* 1993, 1254; com. M. GOMEZ MENDOZA, "Naturaleza jurídica de las tarjetas de crédito, sus clases y carga de la prueba en el supuesto de extracción en cajeros automáticos", *RDBB* 54 (1994), pp. 483 ss.], sobre la base de una tan pretendida como inexistente mayor dificultad probatoria de la entidad bancaria.

G) El derecho de rescisión

66. En los contratos negociados a distancia, el consumidor se encuentra asistido de un derecho que en la versión castellana de la Directiva se denomina de "rescisión", y cuyo ejercicio se traduce en la privación de efectos jurídicos del contrato ya perfeccionado por la concurrencia de la oferta ("incitación a contratar") y la aceptación ("pedido"). El plazo para el ejercicio de este derecho de rescisión es de "siete días laborables" (137), contados "a partir de la fecha de recepción del producto o del servicio" (138), o, más precisamente (arg. ex art. 5.1 CC), a partir del día siguiente al de dicha recepción. En caso de ejecución escalonada, el plazo se computará a partir de la recepción del último elemento.

Con todo, la Directiva adolece de una evidente contradicción a la hora de determinar el *dies a quo* del cómputo de los siete días en el caso de los servicios, pues si en un primer momento hace correr el plazo "a

(137) En la Proposición inicial de Directiva se fijaba en "siete días", al igual que sucede en la Directiva sobre ventas fuera de establecimiento. Su adjetivación como "laborables" procede de una sugerencia contenida en el Dictamen del Consejo Económico y Social, que manifestaba la conveniencia de aclarar si en el cómputo del plazo se incluían o no los días inhábiles. La Comisión, con la puntualización de que los días deben ser laborables, ha escogido la opción más favorable a los intereses de los consumidores (a diferencia de lo dispuesto en la Directiva sobre multipropiedad, donde el plazo es de diez días "naturales"; cfr. art. 5.1, primer inciso, Directiva 94/47/CEE, de 26 de octubre de 1994). En otros ordenamientos jurídicos se incluyen en el cómputo los días festivos o inhábiles, pero si el plazo de siete días expira un sábado, un domingo o un día festivo o inhábil, se proroga hasta el siguiente día laborable (así, art. L 121-16, apartado segundo, del *Code de la consommation* francés). Con este sistema de cómputo se consigue de hecho la misma protección para el comprador a distancia: en todo caso dispondrá de un fin de semana para, con más sosiego, decidir sobre si ejercita o no su derecho de rescisión.

(138) Así viene sucediendo en la práctica española de venta a distancia, pues el Código de Ética de la Asociación de Empresas de Venta Directa (*apud* J. B. MIR PIQUE-RAS, *La venta domiciliaria*, 1994, pp. 179 ss.) reconoce al comprador el derecho de revocación en el plazo de siete días "contados desde la recepción de la mercancía". Más confusa es la situación en el Derecho francés. A mi parecer, aunque el art. L 121-16, apartado primero, del *Code de la consommation* señala literalmente que el *dies a quo* es el del envío del pedido, la interpretación conjunta del precepto ("Pour toutes les opérations de vente à distance, l'acheteur d'un produit dispose d'un délai de sept jours francs à compter de la livraison de sa commande pour faire retour de ce produit au vendeur pour échange ou remboursement") demuestra que el derecho sólo puede ejercitarse cuando el producto está ya en poder del comprador, pues por definición el consumidor no puede devolver el producto ("faire retour") si antes no lo ha recibido.

Ello no es óbice, sin embargo, para que, una vez hecho el pedido, y antes de haber recibido el producto, el consumidor rescinda el contrato. Lo que beneficia al empresario porque se ahorra los gastos de envío.

partir de la fecha de la recepción [...] del servicio”, según se acaba de ver, a renglón seguido lo fija en un tiempo diferente, coincidente con el que se establece en la Directiva sobre ventas fuera de establecimiento: “a partir de la fecha de recepción por el consumidor de los documentos que informen que se ha celebrado el contrato”, con el contenido exigido por el art. 11 de la Directiva.

67. No reviste ninguna utilidad interrogarse sobre la naturaleza jurídica de lo que la Propuesta denomina derecho de rescisión, pues del hecho de su calificación de una u otra manera, de las muchas que pueden barajarse (revocación, renuncia, receso, desistimiento, resolución unilateral, condición resolutoria, etc...), no se desprende ninguna consecuencia práctica de relevancia. El dato fundamental es el momento en que se perfecciona el contrato a distancia, extremo que debe decidir el legislador estatal al incorporar la Directiva. En nuestro caso, sería deseable que, en coherencia con lo que se desprende del art. 1262 CC, la perfección se hiciera coincidir con el momento de concurrencia de la oferta y de la aceptación. También compete al Derecho interno (arg. *ex art. 7* de la Directiva 85/577) disciplinar los efectos jurídicos de la rescisión, en particular en lo referente al reembolso del precio (si es que el consumidor ha pagado ya por la entrega del bien o la prestación del servicio) y la restitución de la mercancía (si es que el vendedor la ha entregado ya al consumidor), así como el régimen de los riesgos durante el plazo de siete días. En lo que sigue se habla de “rescisión”, pues tal es la expresión utilizada por la Directiva, aun consciente de que, de todos los posibles, probablemente sea éste el término más inadecuado para designar el derecho que tiene el consumidor para desligarse del contrato válida y eficazmente celebrado.

68. El derecho de rescisión, que responde a la libre y soberana decisión del consumidor (“sin indicar motivos”, dice la Directiva), le obliga a devolver el producto “en su estado original”, es decir, con la misma cantidad y calidad que tenía cuando fue recibido por el consumidor, salvedad hecha de los deterioros propios del transcurso del tiempo⁽¹³⁹⁾. El derecho de rescisión se ejercita por el consumidor “sin penalización alguna”, por lo que el vendedor no puede retener parte del precio pagado por el consumidor al verificar la compra. El consu-

(139) La necesidad de reintegrar el producto “en su estado original” impide al consumidor *usar* el producto si se trata de cosa consumible, pero no (¡gratuitamente además!) en caso contrario: se puede comprar a distancia un lujoso reloj, usarlo un día señalado y devolverlo después al vendedor. Es francamente difícil que el vendedor esté en condiciones de acreditar, sin grandes gastos probatorios por su parte, que el reloj no está “en su estado original” porque fue usado una vez.

midor *sólo* sufragará los gastos directos de devolución, si así se hubiera pactado (“en su caso”, dice la Directiva).

69. El derecho de rescisión se ejercita mediante la devolución del producto por parte del consumidor. Rescisión y devolución son, por lo tanto, aspectos indisociables. El consumidor no puede rescindir el contrato dirigiendo la oportuna notificación al vendedor en este sentido y anunciando que *después* le devolverá el producto, sino que la rescisión se ejercita precisamente *mediante* la devolución. La Propuesta de Directiva sobre ventas a distancia no contiene ninguna disposición análoga a la del art. 5.1 de la Directiva sobre ventas celebradas fuera de establecimiento, que admite la revocación del consentimiento prestado por el consumidor mediante el envío de una notificación. La alternativa que la Ley 26/1991 ofrece al consumidor para el ejercicio de su derecho de revocación (mediante el envío del documento de revocación o la devolución de las mercancías) no está contemplada en la Propuesta sobre ventas a distancia, cuyo art. 12.1 deja meridianamente claro que el plazo de siete días es “para resolver el contrato [...] y para devolver el producto”. La devolución está bien hecha siempre que el consumidor la lleve a cabo antes de la expiración del plazo de siete días, aunque el producto sea recibido por el empresario una vez transcurrido ese tiempo.

La devolución puede hacerse a través de cualquier medio (entrega directa del producto en la sede de la empresa vendedora, envío por mensajero o correo, etc.). Esta afirmación no queda desmentida a la vista del art. 12.2 de la Propuesta, según el cual “el consumidor deberá poder presentar un documento *que pruebe* dicha devolución”. Como se desprende de las palabras subrayadas, el precepto se desenvuelve en el plano estrictamente probatorio: lo que pretende es que el consumidor se encuentre en condiciones de probar *documentalmente*, en caso de ser negado por el vendedor, que procedió a la devolución del producto dentro de plazo. Sin embargo, y por lo menos en lo que toca al Derecho español, la exigencia de esta prueba documental no impide que, en supuesto de litigio, el Juez valore *todas* las pruebas obrantes en las actuaciones (incluidas las no documentales) y, con apoyo directo en ellas o por vía de presunciones, concluya afirmando la realidad de la devolución del producto hecha en tiempo por el consumidor.

70. El consumidor no dispone del derecho a rescindir el contrato negociado a distancia en aquellos casos que especifica el art. 12.4 de la Propuesta. La exclusión del derecho de rescisión obedece a heterogéneas razones. Así, no cabe rescindir los contratos celebrados mediante escritura pública porque se considera que la intervención de un feda-

tario, con la solemnidad que rodea el otorgamiento de toda escritura pública, supone una suficiente protección para el consumidor. Tampoco cabe la rescisión si el contrato tiene por objeto productos realizados a medida o que presenten características inequívocamente personales; la razón justificativa de la imposibilidad de rescindir radica en la enorme dificultad en que se encontraría el comerciante para recolocar en el mercado esos productos *intuitu personae* devueltos por el comprador. En el caso de los productos inmediatamente reproducibles (p.ej., discos compactos), la rescisión es inviable porque, aun antes de verificarla, el consumidor se encuentra en situación de extraer del bien toda su posible utilidad. Los compradores a distancia de productos de higiene personal no disponen por razones obvias del derecho de rescisión(140). En lo que toca a los servicios, no cabe la rescisión si se trata de un servicio con reserva de los enumerados en el Anexo II de la Directiva (transporte, alojamiento, restauración, espectáculos), ni tampoco, en general, si los servicios han comenzado a prestarse antes de finalizar el plazo de siete días laborables(141).

71. El derecho de rescisión es compatible con las acciones que asisten al comprador si recibe productos o servicios defectuosos o deteriorados, o que no se ajustan a la descripción contenida en la incitación a contratar (art. 12.5). En tales casos, el comprador puede ejercitar las acciones contractuales oportunas (cumplimiento, resolución, redhibitoria,..) y, en su caso, solicitar indemnización de los daños y perjuicios causados.

H) La financiación al comprador a distancia

72. La Propuesta de Directiva se preocupa de solventar en qué situación queda el crédito que eventualmente haya podido obtener el consumidor para pagar el precio del negocio a distancia cuando el comprador decide hacer uso del derecho de rescisión. En efecto, el art. 12.3 de la Propuesta encomienda a los Estados miembros la adopción

(140) Es discutible si los cosméticos son, a estos efectos, productos de higiene personal.

(141) Sobre las dificultades que presenta el reconocimiento de un derecho de rescisión en los contratos de prestación de servicios, cfr. A. FERNANDEZ-ALBOR BAL-TAR, "El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991", RDM 208 (1993), pp. 606 ss.

de las medidas necesarias para que, en caso de adquisición de un producto o de un servicio mediante un acuerdo de crédito, el ejercicio del derecho de rescisión conlleve la anulación del contrato de crédito. Con esta previsión, el legislador comunitario se mantiene en la línea ya anunciada por alguna disposición precedente (cfr. art. 7 de la Directiva 94/47/CEE, de 26 de octubre de 1994, sobre multipropiedad).

La posibilidad de anular el contrato de crédito cuando se ejercita el derecho de rescisión merece un doble tratamiento en función de quién sea el prestatario. Si el crédito ha sido concedido "directamente por el proveedor del producto o del servicio", la rescisión determina la anulación del contrato de crédito. Al tratarse de contratos conexos, causalmente unidos entre sí (el consumidor pide el préstamo precisamente para pagar el precio de la operación a distancia), y celebrado además entre las mismas partes que concertan el contrato a distancia, es evidente que el contrato de crédito pierde su sentido una vez que ha desaparecido, merced al ejercicio de la rescisión, el contrato que condujo al consumidor a concertar el crédito. La solución es también esa si el crédito ha sido cedido por el comprador a un tercero, pues la posición del consumidor no puede ser empeorada mediante un acto unilateral de la contraparte.

En cambio, si el crédito para financiar el negocio a distancia es concedido por un tercero, el ejercicio del derecho de rescisión ocasiona la anulación del contrato de crédito *solo si* existe "un acuerdo previo con el proveedor del servicio o producto, en virtud del cual el prestamista haya concedido el crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de bienes o servicios suministrados por este último". Ello significa que no cabe la anulación del contrato de crédito si el consumidor obtiene el préstamo de persona que no ha concertado previamente con el proveedor la financiación del negocio a distancia, o sea, de persona que el comprador se ha procurado por sus propios medios. No es necesario que el acuerdo de financiación concertado entre el concedente del crédito y el proveedor a distancia tenga *cláusula de exclusividad*, en el sentido de que el concedente se comprometa a financiar *únicamente* las operaciones a distancia concertadas por ese concreto proveedor, y no por cualquier otro. Es muy verosímil que en la práctica el acuerdo de financiación vaya acompañado de una cláusula de exclusividad que prohíba al concedente del crédito la celebración de similares convenios de financiación con otros proveedores a distancia, pero esa exclusividad no viene exigida por el art. 12.3 de la Propuesta de Directiva como requisito condicionante de la anulación del contrato de crédito debido al ejercicio del derecho de rescisión. Para que así

sucede, basta solamente con que exista ese "acuerdo previo" entre el concedente del crédito y el proveedor a distancia(142).

Por lo demás, el "acuerdo previo" contemplará normalmente cómo se abona el préstamo: bien entregándolo al comprador para que éste lo entregue a su vez, como pago, al proveedor, o bien transfiriéndolo directamente el financiador al proveedor.

73. Aunque la Propuesta de Directiva se refiere a la "anulación" del contrato de crédito, en realidad no se trata de una nulidad contractual, ni tampoco de anulabilidad. El contrato de crédito es en principio perfectamente válido (a menos, lógicamente, que concorra algún vicio determinante de su invalidez), y por tanto no susceptible de anulación. Lo que en realidad sucede es que la eficacia de dicho contrato se encuentra sujeta a la condición resolutoria de que el consumidor no ejercite el derecho de rescisión en el plazo concedido al efecto. En la medida en que el ejercicio de ese derecho pertenece a la libre decisión del adquirente, podrá sostenerse que la validez del contrato de crédito se deja al arbitrio de uno de los contratantes, o que el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, contra lo que disponen los arts. 1256 y 1115 CC.

Sin embargo, nada de ilícito o anormal hay en ello. Los preceptos acabados de citar prohíben que las partes establezcan acuerdos que dejen el contrato o el cumplimiento de una condición a la libre voluntad de una de las partes, pero no que una norma con rango suficiente (ley) prevea consecuencias contradictorias con los arts. 1256 y 1115 CC. Estos preceptos instauran límites a las convenciones privadas, pero no al propio legislador.

74. La "anulación" del contrato de crédito determina la restitución de las prestaciones, lo que significa que el comprador/prestatario tendrá que devolver al concedente del crédito las cantidades entregadas por éste con fundamento en el préstamo. Si el dinero prestado permanece en manos del consumidor, por no haber abonado aún al vendedor el precio del contrato a distancia, no existe ningún problema particular para que lo reintegre al concedente del crédito una vez rescindido el contrato a distancia.

La cuestión es más compleja, en cambio, si la suma prestada ha sido entregada al vendedor, pues exigir entonces al consumidor la inmediata restitución del importe del préstamo le perjudica notoria-

(142) Por tal razón, habrá que estimar que se produce un incumplimiento de la Directiva si al verificar su incorporación al Derecho interno se supedita la anulación del contrato de crédito a la existencia de una cláusula de exclusividad.

mente, en la medida en que el comprador no sólo se quedará sin la cosa (devuelta al vendedor al ejercitar el derecho de rescisión) y sin el precio pagado (acaso todavía pendiente de devolver por el vendedor a distancia), sino que además tendrá que hacer un desembolso adicional para reintegrar al concedente del crédito el importe del préstamo. Estos son, ciertamente, los efectos que se derivan de la "anulación" del contrato de crédito como consecuencia del ejercicio del derecho de rescisión. Sin embargo, semejante configuración parte de una absoluta independencia causal entre el contrato de crédito y el contrato a distancia, y por eso no es de recibo cuando la concesión del crédito obedece a un "acuerdo previo" entre el prestamista y el proveedor a distancia. La existencia de ese acuerdo obliga a hacer interdependientes los efectos del ejercicio del derecho de rescisión y los de "anulación" del contrato de crédito.

Esta interdependencia se concreta, a mi modo de ver, en que el comprador no puede ser obligado por el concedente del crédito a realizar ninguna restitución como consecuencia de la "anulación" del contrato de crédito, porque el "acuerdo previo" que liga al concedente con el proveedor comprende (o ha de comprender) también todo lo que concierne a los efectos que sobre el contrato de crédito se despliegan cuando se ejercita el derecho de rescisión. Tanto si el comprador ha pagado el precio de la operación a distancia valiéndose para ello del dinero recibido a título de préstamo, como si el concedente del crédito ha pagado directamente el importe de la operación, es el vendedor quien debe restituir al financiador la suma prestada. Serán éstos, vendedor y prestamista, los que convendrán en el "acuerdo previo" lo que estimen más adecuado a sus intereses para aquellos casos en que el comprador decida rescindir la operación.

Tratándose de un contrato de crédito, también habrá que decidir quién debe pagar los intereses devengados mientras que el contrato fue eficaz. En mi opinión, no cabe cargarlos en ningún caso al comprador, el que, cuando ejercita el derecho de rescisión, no está obligado más que a abonar, como mucho, los gastos directos de devolución. En cualquier caso, los intereses serán de reducidísima cuantía, ya que la pendencia del contrato de crédito no va más allá del plazo de siete días antes de cuyo transcurso debe despejar el comprador si ejercita o no su derecho de rescisión. La normativa que incorpore al Derecho interno la Directiva deberá aclarar si el consumidor tiene acción para obtener de quien proceda (bien el proveedor, bien el prestamista) el pago de los desembolsos realizados por él con ocasión de la celebración del contrato de crédito (p.ej., impuesto sobre transmisiones patri-

moniales, honorarios del corredor de comercio que intervino la operación,...). Si se pretende garantizar la indemnidad de la posición económica del comprador, de tal manera que sólo quede obligado al pago de los gastos directos de devolución del producto, es evidente que habrá que reconocerle el derecho a obtener el pago de esos desembolsos. El "acuerdo previo" será nuevamente el lugar idóneo para que el proveedor y el concedente del crédito se distribuyan el coste económico del contrato (en realidad contratos: el de venta a distancia y el de crédito) frustrados como consecuencia del ejercicio del derecho de rescisión.

75. El contrato por virtud del cual se concede un préstamo a un comprador a distancia es un contrato de crédito, enteramente sometido, salvo que se trate de un contrato exceptuado, a la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo. Por tanto, junto a la protección que reconoce al comprador a crédito la Propuesta de Directiva de contratos a distancia, también entran aquí en juego, en beneficio del consumidor, las medidas previstas en la Ley 7/1995. En particular, el derecho que asiste al comprador para ejercitar frente al concedente del crédito, en las condiciones señaladas por el art. 15.1, los derechos y acciones que en principio le corresponderían únicamente frente al proveedor.

14. *Envíos no solicitados*

76. Constituye una práctica comercial relativamente extendida la que consiste en enviar productos al consumidor sin que éste los haya solicitado previamente, con la advertencia en algunas ocasiones de que si el consumidor no devuelve el producto en el plazo establecido, se entenderá que lo acepta y vendrá obligado a pagar el precio. La aplicación de las reglas general de Derecho civil no conduce desde luego a esa solución. Incluso en aquellos casos en que el envío desempeña el papel de oferta contractual, el silencio del consumidor no puede ser equiparado, sobre la base de una mera declaración unilateral del oferente, a la aceptación de la oferta. El consumidor, sin embargo, ignora por lo común esta regla de derecho, por lo que resulta necesario alguna norma que desincentive este tipo de prácticas. Además, para el consumidor siempre supone una intromisión en su esfera privada recibir un producto que no ha solicitado y, en ocasiones, tener que tomarse la molestia de devolverlo al remitente.

El art. 8 de la Propuesta de Directiva sobre contratos celebrados a distancia dicta una serie de reglas sobre esta práctica, que han servido de base para el art. 42 de la Proposición de Ley de Ordenación del

Comercio Minorista. Los rasgos esenciales de esta regulación son los siguientes:

— El envío de mercancías no solicitadas está prohibido. Si la prohibición se infringe, el consumidor puede disponer del producto a su voluntad, lo que significa, según la Proposición, que no está obligado a su devolución ni puede reclamársele el precio. Si decide devolverlo, no deberá indemnizar por los daños o deméritos sufridos por el producto.

— Está permitido, empero, el envío no solicitado de bienes con carácter gratuito, tales como muestras o regalos de promoción. En tal caso, es necesario que figure claramente en el envío su carácter totalmente gratuito y la ausencia de toda obligación por parte del consumidor. Aun así, un consumidor puede manifestar su voluntad de no desear recibir ni siquiera envíos gratuitos (sistema de 'listas Robinson' o 'stop publicidad').

— Si el envío no solicitado (y no gratuito) obedece a un "error manifiesto", pesa sobre el consumidor la obligación de tener el bien a disposición del proveedor durante un "tiempo razonable", siempre que la naturaleza del producto o del servicio lo permita y no cause incomodidad al consumidor. Se configura así una especie de depósito necesario, en el que el consumidor asume las funciones propias de depositario. El error consiste, según el art. 42 de la Proposición, en que el envío tenía la finalidad de responder a una demanda que en realidad no se había producido(143). El plazo durante el cual el consumidor debe tener el producto a disposición del proveedor es de un mes "desde que comunique [el consumidor] la recepción errónea del objeto". El plazo es a todas luces excesivo, ya que los medios de transporte de cosas permiten hoy la recogida del producto en un plazo muy inferior. Por lo demás, supeditar el inicio del cómputo del plazo mensual a la previa comunicación del consumidor supone imponerle la carga, por pequeña que sea, de comunicar al proveedor que el envío ha sido erróneo. Además, eventualmente puede dar pábulo a estrategias ideadas por hábiles vendedores que acaben por convencer al consumidor de la bondad y utilidad del producto.

— En caso de envío erróneo, el consumidor tiene, según el art. 42 de la Proposición, derecho a retener el producto, sin obligación de restitución, hasta que el proveedor le indemnice con una cantidad igual al

(143) Al incorporar al Derecho interno la Directiva sobre contratos negociados a distancia, el único error que excusa el envío no solicitado es el "manifiesto". Se incumplirá la Directiva, por tanto, si se extienden las medidas previstas por la norma comunitaria a otro tipo de errores cometidos por el proveedor que no reúnan esa condición.

diez por ciento de su valor en venta (precio del depósito), y hará suyo definitivamente el producto si la indemnización no le es pagada en el plazo de un mes antes indicado. El consumidor no soporta ningún tipo de riesgo por la pérdida de la cosa, ni está obligado a abonar los gastos usuales de deterioro o demérito del producto.

— La ausencia de respuesta a un envío no solicitado no significará la prestación de consentimiento para la celebración del contrato (art. 8.3 de la Propuesta de Directiva).

— Si, una vez que el consumidor decide adquirir el producto, el proveedor no está en condiciones de proporcionarle el producto presentado y le suministra otro equivalente en su lugar, el segundo envío no tiene ya la consideración de envío no solicitado, “siempre que el consumidor pueda devolver el producto de sustitución si no queda satisfecho y a condición de que el envío de tal producto sea comunicado por escrito al consumidor”. El texto de la Directiva es bastante confuso en este extremo; en particular, no queda claro si el derecho de devolución del consumidor procede en cualquier caso, a modo de derecho de rescisión del contrato, o únicamente si el objeto enviado no coincide con el presentado por el proveedor (*aliud pro alio*)

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., “Vente par correspondance et à distance”, *Gaz.Pal.* 1993 (1.^{er} sem.), pp. 179 ss.
- M.^a E. AFONSO RODRIGUEZ, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1993”, *CCJC* 33 (1993), § 868, pp. 765 ss.
- G. ALCOVER GARAU, “La firma electrónica como medio de prueba”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 13 (1994), pp. 53 ss.
- J. ALFARO AGUILA-REAL, “Competencia desleal por infracción de normas”, *RDM* 202 (1991), pp. 667 ss.
- J. ALFARO AGUILA-REAL, “Observaciones críticas al Proyecto de Ley de Crédito al Consumo”, *RDBB* 56 (1994), pp. 1031 ss.
- R. ALONSO SOTO, “Supuestos de competencia desleal por venta a pérdida y discriminación”, en A. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, 1992, pp. 81 ss.
- M. AMORES CONRADI, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ”, *REDI* 1989, pp. 113 ss.
- M.^a D. ARIAS PAZ, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1992”, *CCJC* 29 (1992), § 759, pp. 415 ss.
- G. ARIÑO ORTIZ, *Principios constitucionales de la libertad de empresa*, 1995.
- J. M. BADENAS CARPIO, “La forma y la perfección de los contratos de venta

- celebrados fuera de los establecimientos mercantiles", *La Ley* 1994-4, pp. 1136 ss.
- A. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, "Ambito de apliación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en A. Bercovitz/R. Bercovitz, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987, pp. 100 ss.
- A. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, "Modalidades especiales de venta y protección de los consumidores", en A. Bercovitz/R. Bercovitz, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987, pp. 159 ss.
- A. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, "Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal", en A. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, 1992, pp. 13 ss.
- R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO y A. CARRASCO PERERA, "Borrador de Anteproyecto de Ley de Ventas por Correo", *Estudios sobre Consumo* 21 (1991), pp. 41 ss.
- R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1994", *CCJC* 36 (1994), § 961, pp. 845 ss.
- J. F. BERMEJO ZOFIO, *Ley de Comercio Interior*, 1980.
- C. BOLDO RODA, "La venta de productos de consumo en entidades financieras", *Act. Civ.* 1995-2, pp. 333 ss.
- M. BOTANA AGRA, "Disciplina de la competencia desleal y regulación de determinadas prácticas comerciales en España", *ADI* 9 (1983), pp. 487 ss.
- G. A. BOTANA GARCIA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, 1994.
- J.-J. BURST y J.-M. MOUSSERON, "Le seuil de revente à perte (Obs. sous Metz 26 septembre 1991)", *JCP Cah.Dr.Ent.*, Supplément 1993-2, pp. 15 ss.
- J. M.^a CABALLERO LOZANO, "Una compraventa especial: la venta fuera de establecimiento", *RDP* 1994, pp. 1047 ss.
- J. CALAIS-AULOY, *Propositions pour un Code de la consommation*, 1990.
- J. CALAIS-AULOY, "La venta a domicilio y la venta por correo en el Derecho francés", *Estudios sobre Consumo*, 24 (1992), pp. 39 ss.
- CALAIS-AULOY, J.: *Droit de la consommation*3, 1993.
- F. M. CALVO VIDAL, "La protección del consumidor en algunos tipos de ventas especiales", *Act.Civ.* 1993-1, pp. 173 ss.
- F. CAQUELIN, "Ventes de soldes et opérations promotionnelles sur les prix", *JCP Cah.Dr.Entr.*, Supplément 1993-6, pp. 30 ss.
- G. CAS/D. FERRIER, *Traité de droit de la consommation*, 1986.
- A. CASADO CERVIÑO, "El crédito al consumo y la protección de los consumidores", *RDBB* 11 (1983), pp. 481 ss.
- J. CASARES (comp.), J. BRIZ, A. REBOLLO y P. MUÑOZ, *La economía de la distribución comercial*, 1987.
- R. CASAS VALLES, "Algunas cuestiones en materia de arras", *Aranzadi Civil* 1994-I, pp. 31 ss.
- E. COBREROS MENDAZONA, *Incumplimiento del Derecho comunitario y res-*

- ponsabilidad del Estado, 1995.
- M. COCA PAYERAS, *Comentario del Código Civil*, II (1991), pp. 453 ss.
- I. CRUZ ROCHE, "Promociones en precios y venta a pérdida", *Información Comercial Española*, 739 (1995), pp. 110 ss.
- M. A. DAUSES, "La prohibición de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia", *Gaceta Jurídica CEE*, D-22, 1994, pp. 269 ss.
- F. J. DE LA BALLINA BALLINA, "Las perspectivas de desarrollo del marketing directo en España", *Información Comercial Española*, 739 (1995), pp. 130 ss.
- C. DI LORETO, "Vendite per strada e tutela del consumatore", *Riv.Dir.Civ.* 1992, Commenti, pp. 21 ss.
- S. DIAZ ALABART, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1994", *CCJC* 36 (1994), § 978, pp. 1165 ss.
- E. DIAZ RUIZ, "Competencia desleal a través de la publicidad comparativa", *RDM* 215 (1995), pp. 59 ss.
- J. EGEA FERNANDEZ e I. MIRALLES GONZALEZ, "La protecció del consumidor i de l'usuari en la contractació civil catalana", *RJC* 1992, pp. 23 ss.
- R. FABRE y D. MAINGUY, "Les nouvelles dispositions gouvernant les contrats et la publicité depuis la Loi du 18 janvier 1992", *JCP Cah.Dr.Entr.*, Supplément 1992-3, pp. 20 ss.
- J. L. FAGNART, "Le projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur", *Revue de droit commercial belge*, 1991, pp. 259 ss.
- A. FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, "El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991", *RDM* 208 (1993), pp. 589 ss.
- A. FERNANDEZ ARAOS Y GOMEZ ACEBO, "Libre competencia y precios predatorios: análisis jurídico del problema y bases para una propuesta de aplicación administrativa y jurídica en España", *La Ley* 1992-1, pp. 1089 ss.
- C. FERNANDEZ-NOVOA, "La venta con regalo desde la perspectiva del Mercado Común", *ADI* 9 (1983), pp. 229-239.
- A. FONT I RIBAS, "Liquidacions a preu de saldo: las rebaixas liquidades", *RJC* 1987, pp. 687 ss.
- D. FUCHS, "La ley alemana sobre revocación de negocios a domicilio", *ADC* 1987, pp. 206 ss.
- E. GALDOS LOYOLA, *La venta a domicilio: una laguna en nuestro ordenamiento jurídico*, 1989.
- M.^a P. GARCIA RUBIO, "La forma en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Una aproximación al formalismo como característica del Derecho del Consumo", *Act.Civ.* 1994-2, pp. 177 ss.
- M. GARDEÑES SANTIAGO, "Acercas de los límites de la noción de medida equivalente: a propósito de la Sentencia *Keck* del TJCE, de 24 de noviembre de 1993", *Gaceta Jurídica CEE*, B-97, 1994, pp. 5 ss.

- J. M. GOMEZ DE MIGUEL, "La transposición de la Directiva comunitaria sobre crédito al consumo y sus implicaciones", *Crédito Cooperativo* 70 (1994), pp. 9 ss.
- M. GOMEZ MENDOZA, "Tarjetas de crédito y crédito al consumo", *La Ley* 1993-3, pp. 789 ss.
- M. GOMEZ MENDOZA, "Naturaleza jurídica de las tarjetas de crédito, sus clases y carga de la prueba en el supuesto de extracción en cajeros automáticos", *RDBB* 54 (1994), pp. 483 ss.
- M.^a C. GOMEZ LAPLAZA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. Albadalejo/S. Díaz Alabart), XVII-1^o B (1993), pp. 142 ss.
- M. GORGONI, "Sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali alla luce del d.leg. núm. 50/1992", *Cont.Impr.* 1993-1, pp. 152 ss.
- K. GRAVER, "Prácticas de comercialización desleales hacia el consumidor" *Estudios sobre Consumo*, 24 (1992), pp. 65 ss.
- R. ILLESCAS ORTIZ, "La infracción inducida de contratos y de normas como acto de competencia desleal", en A. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991, 1992*, pp. 107 ss..
- R. JOLIET, "Derecho de la competencia desleal y libre circulación de mercancías. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea", *RGD* 604-605 (1995), pp. 493 ss.
- E. LALAGUNA DOMINGUEZ, "Sobre la perfección de los contratos y el Código Civil", *Estudios homenaje Roca Juan*, 1989, pp. 395 ss. [= *Centenario del Código Civil*, II (1990), pp. 1071 ss.].
- C. LEMA DEVESA, "La publicidad engañosa en el moderno Derecho español", *La Ley* n^o 3778, 12 mayo 1995, pp. 1 ss.
- J. LLOBET I AGUADO, "El contrato de juego y apuesta", *La Ley* 1993-3, pp. 761 ss.
- J. LLOBET I AGUADO, "El periodo de reflexión y la facultad de retractación. Algunas reflexiones en torno a la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles", *RGD* 604-605 (1995), pp. 143 ss
- A. LOPEZ LOPEZ, *Comentario del Código Civil*, II (1991), pp. 899 ss.
- P. B. MADSEN, "Ventas con premios y concursos con premios: previsiones especiales o cláusula general", *Estudios sobre Consumo*, 25 (1992), pp. 31 ss.
- D. MAINGUY, "La nouvelle revente à perte", *JCP Cah.Dr.Ent.*, Supplément 1993-3, pp. 22 ss.
- M. J. MARIN LOPEZ, "Le crédit à la consommation en Droit espagnol", *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 1995-3 (en prensa).
- C. MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1992", *CCJC* 30 (1992), § 788, pp. 841 ss.
- J. L. MARTINEZ MUÑIZ, A. CALONGE VELAZQUEZ, J. C. LAGUNA DE PAZ y J. A. GARCIA DE COCA, *La proposición de Ley de Comercio*, 1994.
- J. A. MARTINEZ SANCHIZ, "Protección al consumidor. *Ius poenitendi* en cier-

- tos documentos privados (Ley 21 noviembre 1991)", *Rev. Jur. Not.* 1992, pp. 257 ss.
- B. MICHAUX, "La vente des produits avec marge bénéficiaire exceptionnellement réduite. Une approche économique de l'interdiction légale", *Revue de droit commercial belge*, 1992, pp. 370 ss.
- J. MIR PIQUERAS, *La venta domiciliaria (Del puerta a puerta al multinivel)*, 1994.
- J. MIR y A. MOLLA, "Marketing directo. La distribución en busca del cliente", *Distribución y Consumo*, 2 (1992), pp. 95 ss.
- J. MIR y A. MOLLA, "Venta domiciliaria, multinivel y piramidal. Conceptualización y diferenciación", *Distribución y Consumo*, 10 (1993), pp. 64 ss.
- J. A. MORENO MOLINA y M^a. C. GONZALEZ CARRASCO, "La protección del consumidor en materia de crédito al consumo: análisis de la Directiva 87/102 de la CEE y su incidencia en el Derecho español", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 16 (1992), pp. 7 ss.
- U. NIETO CAROL, "Contratos de adhesión y Derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios", *Act. Civ.* 1993-1, pp. 19 ss.
- J. J. OTAMENDI RODRIGUEZ-BETHENCOURT, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 1994.
- M. PASQUAU LIAÑO, "Propuestas para una protección jurídica de los consumidores en materia de crédito al consumo: medidas de prevención y de solución de los problemas derivados del sobreendeudamiento", *Est. Cons.* 18 (1990), pp. 11 ss.
- R. PELLON RIVERO, "Cancelación de tarjeta de crédito por error (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1994)", *Actualidad y Derecho*, 1995-15, pp. 1 ss.
- G. PLAISANT, "La loi du 6 janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et le 'télé-achat'", *JCP* 1988, I, p. 472 ss.
- C. PORRES DE MATEO, "Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. En particular, el derecho de revocación del consumidor", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, pp. 205 ss.
- S. RIVERO ALEMAN, *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*, 1995.
- L. ROJO AJURIA, "El crédito al consumo", *Estudios homenaje Luis Mateo Rodríguez*, II (1993), pp. 315 ss.
- J. SANCHEZ-CALERO GUILARTE, "La venta a pérdida como supuesto de competencia desleal (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2^a, de 12 de junio de 1992)", *RGD* 589-590 (1993), pp. 10344 ss.
- S. SANCHEZ SOLE, "La violación de normas como acto de competencia desleal (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6^a, de 21 de marzo de 1994)", *RGD* 604-605 (1995), pp. 791 ss.
- N. SCANNICCHIO, "Consumatori e conclusione dei contratti a distanza tra ordinamenti nazionali, direttive comunitarie e diritto comparato",

- Riv.Crit.Dir.Priv.* 1994,1-2, pp. 3 ss.
- G. SCHRICKER, "Últimos desarrollos del Derecho de la competencia desleal en Europa", *RGD* 583 (1993), pp. 3291 ss.
- A. TATO PLAZA, "Publicidad directa y competencia desleal", *RJC* 1994, pp. 523 ss.
- J. TORNOS MAS, "Ordenación constitucional del comercio", *Estudios homenaje García de Enterría*, V (1991), pp. 4103 ss.
- M. TRONCOSO Y REIGADA, "Notas críticas a la Proposición de Ley de Comercio Interior del Grupo Parlamentario Catalán", *La Ley* 1994-4, pp. 969 ss.
- C. VELA, "Comentario al artículo 9", en R. Bercovitz/J. Salas (Coord), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 1992.
- M. VERGEZ SANCHEZ, "Régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de establecimiento (Una aproximación al Derecho Europeo)", *Estudios homenaje Girón*, 1991, pp. 1187 ss.
- M. VERGEZ SANCHEZ, "Competencia desleal por actos de engaño, obsequios, primas y otros supuestos análogos", en A. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, 1992, pp. 51 ss.
- M. VERGEZ SANCHEZ, "Configuración y régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (Análisis de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre)", *Estudios homenaje Broseta*, III (1995), pp. 4011 ss.
- F. VICENT CHULIA, "Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal", *RGD* 589-590 (1993), pp. 9975 ss.
- A. VIGURI PEREA: "La protección del consumidor en las ventas celebradas fuera de los establecimientos mercantiles. Método del caso. Análisis comparado del Derecho norteamericano", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 21 (1994), pp. 230 ss.
- M. VILLALVA LARA, "Breve estudio sobre algunas cláusulas que de ordinario figuran en las pólizas de los contratos de crédito, préstamo, leasing y para la concesión de una tarjeta de crédito a la vista de la legislación tuitiva de la parte contratante débil", *La Ley* 1993-1, pp. 901 ss.
- P. WYTINCK, "La loi belge sur les activités ambulantes et le traité CEE", *Revue de droit commercial belge*, 1991, pp. 303 ss.