

EL CONTRATO DE COMPRAVENTA MERCANTIL EN EL DERECHO ESPAÑOL. REFERENCIA COMPARATIVA AL DERECHO NICARAGÜENSE¹

MERCEDES ZUBIRI DE SALINAS
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Zaragoza

1 Introducción

El contrato de compraventa mercantil ha sido desde siempre el instrumento fundamental de la actividad profesional que dio origen al Derecho mercantil: el comercio. El comerciante se dedica a la intermediación en el tráfico, es decir, a comprar para revender². En función de estas necesidades del comercio y de la compraventa empiezan a surgir otros contratos tales como el depósito, el transporte, el seguro... los cuales integraron el núcleo fundamental del Derecho mercantil ya desde sus orígenes medievales. Este carácter nuclear se mantiene a lo largo de toda la historia del Derecho mercantil y se recoge en los códigos de comercio³, de manera que la compraventa tiene el rasgo de con-

1 El origen de este trabajo se encuentra en el curso impartido dentro del Programa de Master en Derecho de la Empresa y Postgrado en Asesoría Jurídica de Empresas de la Universidad Centroamericana (UCA), sobre la compraventa mercantil y contratos afines impartido durante el mes de mayo de 2003.

2 En concreto el comercio interlocal de mercancías valiosas (telas, especias, alimentos básicos...) y en torno a la venta local sometida a una rigurosa intervención administrativa de los municipios (BERCOVITZ, A. «Notas sobre el origen histórico del Derecho Mercantil», *Libro Homenaje a J. Garrigues*, Tomo I, Madrid 1971, p. 13.

3 En los códigos con un sistema subjetivo de delimitación de la actividad mercantil, como en el HGB, la compraventa es mercantil siempre que la venta sea acto de comercio para el vendedor, para el comprador o para ambos y tenga por objeto mercaderías o títulos valores. Comercio y compraventa se consideran términos equivalentes. En alemán comerciante y comprador reciben el mismo nombre KAUFMANN ya que la compraventa es el acto de comercio por excelencia porque la función mediadora (comprar los productos del productor y venderlos al consumidor) es lo característico de ambos actos.

En los Códigos con sistema objetivo (cuyo máximo exponente es el Código de comercio francés) el concepto se centra en la compra de especulación con los problemas que esto plantea de cara a la interpretación.

trato tipo bilateral y sus normas se han extendido a los demás contratos de prestaciones recíprocas carentes de regulación completa tales como el contrato de suministro o el contrato estimatorio.

Esta importancia de la compraventa mercantil la podemos derivar de la propia ubicación de su regulación en los Códigos de comercio. En el Derecho español se encuentra en los art. 325 a 345 después del contrato de comisión. Esta misma importancia del contrato de compraventa para la actividad mercantil la podemos predicar del Derecho nicaragüense, ya que se coloca en el Título IV del Libro I del Ccom con el título "De la compraventa y permutas mercantiles y de la cesión de créditos comerciales", ocupando su regulación el primero de los contratos mercantiles (art. 341 a 363). Este Código asume, de la misma manera que el español, un criterio objetivo a la hora de determinar el carácter mercantil de la compraventa y del ámbito de aplicación de las normas mercantiles en su el art. 1:

"El presente código de comercio, será observado en todos los actos y contratos que en el mismo se determinan, aunque no sean comerciantes las personas que los ejecutan.

Los contratos entre comerciantes se presumen siempre actos de comercio, salvo prueba en contrario, y por consiguiente estarán sujetos a las disposiciones de este código".

Además ambas regulaciones son bastante amplias. En el caso del Derecho español, el Ccom contiene una regulación amplia sobre todo si se la compara con otros Códigos que le sirvieron de inspiración como el francés. La razón de esta amplitud es la mayor antigüedad del Ccom (de 1885) frente al CC (de 1888).

Pese a la amplitud indicada, la regulación es fragmentaria por lo que tiene que ser completada con las normas del CC. Las normas especiales tienden a facilitar la rapidez y rigurosa ejecución del contrato para satisfacer las necesidades de la contratación profesional (obligación de entrega de la mercancía, consecuencias de la mora, transmisión del riesgo al comprador...).

2 Concepto legal

2.1 Criterios de mercantilidad

El Código de comercio español no define el contrato de compraventa sino que hay que ir al art. 1445 del CC. El art. 325 se limita a delimitar la materia y establecer qué compraventas son mercantiles con una técnica deficiente. En este precepto se indica:

«Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa»

En su Derecho el art. 341 tampoco establece un concepto de compraventa mercantil nos dice:

“Serán mercantiles las compraventas a las que este código da tal carácter y todas las que se hagan de bienes muebles con el objeto directo y preferente de traficar, esto es de revenderlos o alquilar su uso”

En el Ordenamiento nicaragüense se establece un criterio legal - las compraventas a las que el código dé tal carácter- y, en segundo lugar, un criterio económico y finalista. El objeto es traficar. Este término es sinónimo a comerciar⁴ pero después lo explica en función de la finalidad de la compraventa (revenderlos o alquilar su uso).

Del art. 325 del Ccom español del se deriva el carácter mercantil centrándose en un concepto económico de la compraventa, como instrumento jurídico de mediación entre los productores y consumidores, separándolas de las civiles caracterizadas por el dato de la compra para el uso propio o de la familia. De acuerdo con el art. 325 y 326⁵ podemos considerar mercantiles:

1. Las compras de cosas muebles realizadas con la finalidad de lucrarse en la reventa (art. 325 y 326, 1). Las cosas pueden haberse adquirido para venderlas en el mismo estado o previa su transformación sometiéndolas en esta caso a un proceso industrial.
2. Las ventas realizadas por los empresarios cuando el comprador también lo sea y adquiera la cosa para su actividad. (art. 326, 1 y 4). En este punto se plantea qué ocurre con la compraventa para el uso o consumo empresarial. El supuesto de hecho sería el de un empresario que adquiere una maquinaria, herramientas, mobiliario necesario para el desarrollo de su actividad pero que no va revender

4 En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, traficar es comerciar con el dinero y las mercaderías, trocando, comprando o vendiendo, o con otros semejantes tratos. Proviene del latín *transfigicare*, cambiar de sitio.

5 Este artículo indica: “No se reputarán mercantiles:

1ºLas compras de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se adquieran.

2ºLas ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados, o de las especies en que se les paguen las rentas.

3ºLas ventas que, de los objetos construidos o fabricados por los artesanos, hicieren éstos en sus talleres.

4ºLa reventa que haga cualquier persona no comerciante del restos de los acopios que hizo para su consumo”.

ni de la misma manera ni transformándolo p.ej. ordenador para llevar la contabilidad⁶. Existe el ánimo de lucro propio de la compraventa mercantil pero también el *animus consumendi* específico de la compraventa civil. Por lo que es problemático si se debe acudir al CC o al Ccom. Aplicando literalmente los art. 325 y 326, 1 del Ccom hay que indicar que serán compraventas civiles. Esto choca con una interpretación finalista y funcional del ordenamiento jurídico tal como se establece en el art. 3, 1 del CC español⁷. El Tribunal Supremo en sentencias a partir de 1945 y hasta los años 80 considera que tiene carácter civil por carecer de ánimo de revender. PAZ ARES⁸ critica esta doctrina jurisprudencial tanto desde el punto de vista económico como jurídico. Desde el punto de vista económico, porque el capital está constituido tanto por el fijo como por el circulante. Desde el punto de vista jurídico, porque el art. 325 establece como criterio determinante de la mercantilidad de la compraventa el ánimo de lucro. El ánimo de revender es una modalidad del ánimo de lucro que podría considerarse de igual manera para el ánimo de invertir.

En STS de 20 de noviembre de 1984 se establece por primera vez por parte del TS el carácter mercantil de una compraventa de piensos para el engorde de cerdos efectuada por un empresario agrícola. El TS considera que es una compraventa mercantil porque indirectamente se habían revendido. PAZ ARES indica que cómo lo habría justificado el tribunal si en vez de piensos hubiera sido un instrumento electrónico para ordeñar el ganado. Esta tesis es seguida en alguna otra sentencia como la de 3 mayo 1985. Por tanto es posible admitir que el art. 326, 1 hay que reducirlo teleológicamente: sólo se refiere a la compraventa de bienes destinados al consumo personal del comprador no al consumo industrial y comercial del empresario. Por otra parte es admisible su integración analógica en el art. 325 ya que entre la compra para revender y la compra para uso y consumo empresarial media identidad de razón. El criterio de mercantilidad es el ánimo de lucro que se manifiesta en el ánimo de revender o en el ánimo de invertir con el que actúa el adquirente.

Siguiendo los criterios establecidos en los art. 325 y 326 no son contratos de compraventa mercantil las ventas que realicen de sus productos los artesanos, agricultores o ganaderos (art. 326, p. 2 y 3). Se trata de excepciones a la defini-

6 Este problema fue estudiado por PAZ ARES "La mercantilidad de la compraventa para el uso o consumo empresarial" RDM 1985, p.245 y ss

7 Este precepto establece: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

8 Op. Cit. supra.

ción del art. 325 por razones tradicionales. La actividad agrícola ganadera y artesanal no se considera mercantil por un concepto estricto de lo mercantil dedicado a la actividad de mediación de bienes en el mercado. Esta distinción hay que considerarla en el presente superada, si partimos de la actividad económica en el mercado, pues tan actividad económica es la que realiza un comerciante como un agricultor o un ganadero que aplica a su producción los mismo criterios empresariales y se organiza en forma de empresa.

2.2 La reventa: compraventa con consumidores

Tampoco son mercantiles las reventas de productos realizadas a los consumidores. Esto plantea el tema del carácter de la reventa. El término reventa puede entenderse en dos acepciones:

1. la venta que un comprador hizo de aquello que compró sin ánimo de revender (reventa del particular no comerciante prevista en el p. 4 del art. 326) que se excluye del carácter de compraventa mercantil claramente.
2. La reventa hecha por un comprador de lo que él adquirió para revender (reventa del comerciante). Esta es la reventa en el sentido económico y jurídico. El problema de la reventa se plantea cuando el que adquiere de ese comerciante lo hace para su uso y consumo y no para revender. Es decir la venta realizada por los empresarios a los consumidores destinatarios finales en establecimiento abierto al público.

En torno a su naturaleza pueden mantenerse dos posturas:

1. Su carácter civil, por dos razones: primera, porque quien compra para consumir no cumple con el doble requisito o elemento intencional previsto en el art. 325 (lucro y reventa). En segundo lugar, por la exclusión expresa del art. 326, 1. Además mientras el Ccom de 1829 establecía expresamente la mercantilidad de la reventa (art. 359) el Ccom actual suprimió este extremo.
2. Este tema fue estudiado por A. POLO⁹ y GARRIGUES¹⁰. Estos autores afirmaron el carácter mercantil de la reventa a los consumidores por las siguientes razones:

9 «La calificación mercantil de la reventa», *RDP*, n° 338, mayo de 1945, p. 285 y ss.

10 «Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil» *RDM*, 1960, n° 78, p. 266 y ss.

-No puede separarse radicalmente de la intermediación lucrativa que realizan los comerciantes las compras para revender de las reventas de lo adquirido teniendo una naturaleza distinta una de las otras.

-El art. 326, 4 interpretado a sensu contrario, permite afirmar la mercantilidad de la reventa de los comerciantes, mientras que el n° 1 permite afirmar que es civil la compra de los consumidores. Existe entre ambas normas una contradicción que, de no ser superada, nos obligaría a admitir que un mismo contrato pueda ser civil para una parte y mercantil para la otra, solución que es jurídicamente inadmisibile.

-La reventa de comerciantes a consumidores debe reputarse mercantil porque la especialidad del Derecho mercantil exige considerar mercantiles los actos típicos de los comerciantes aunque la otra parte no lo sea; y porque los art. 85 y 86 del Ccom se refieren a la compraventa de mercancías en establecimiento abierto al público como actos de comercio y por ello, mercantiles, tal como reza el art. 2 del Ccom.

Por todas estas razones consideran estos autores que es mercantil. Sin embargo la solución que se desprende de los art. 325 y 326 es claramente la contraria. Una cosa es lo que la norma dice y otra lo que debería decir. Este tema ha sido discutido ampliamente por la doctrina, tanto civilista como mercantilista, a partir de las obras de GARRIGUES y POLO, pero en la actualidad parece necesario precisar que el legislador ha querido reputar civil la reventa dirigida al consumidor que no es comerciante. Frente a los argumentos esgrimidos anteriormente para destacar la naturaleza mercantil podemos oponer los siguientes:

1. Error a la hora de interpretar a contrario el art. 326, 4 según el cual sería mercantil toda reventa que haga el comerciante (aun de los acopios que hizo para su consumo).
2. Frente al argumento de las reventas en establecimiento abierto al público hay que indicar que en los art. 85 y 87 del Ccom se está haciendo referencia al carácter regulador del código del "ejercicio del comercio" pero no de la compraventa mercantil.
3. Frente al argumento de la equidad, en virtud de cual se entiende que el Ccom reconoce normas más favorables al comprador que el CC, hay que estimar lo contrario ya que la inaplicación de los usos de comercio interprofesionales les es favorable al comprador. Lo mismo ocurre en cuanto a las normas relativas a la interpretación y perfección del contrato, que son más rigurosas en el Ccom y se preocupan especialmente del vendedor coincidiendo con la tradición del *ius mercatorum* medieval.

4. Por último, existe un argumento de Derecho comparado ya que en los códigos latinos, Código francés, italiano de 1882 y latinoamericanos, la reventa es civil.

En conclusión, la concepción de la reventa al consumidor como de carácter civil hace que, al tratarse del contrato tipo, la teoría general de los contratos mercantiles como contratos de empresa sufra una fisura importante, lo cual es decisivo en los contratos en masa o en serie en los que es el empresario el que de una manera profesional decide contratar. Esto se salva en el momento presente, en parte, por medio de la existencia del Derecho de consumo con una serie de normas que pretenden proteger al consumidor que ha contratado con un empresario y dentro de éste incluiríamos lo que antes se denominaban actos de comercio mixtos.

Dentro de estas normas que pretenden proteger especialmente al consumidor debemos destacar en el Derecho español tres leyes a las que vamos a hacer so-mera referencia:

- a- La compraventa con condiciones generales sometida a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
- b- Los supuestos de contratación electrónica regulados en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico (en lo sucesivo LSSICE) de 2002.
- c- Las compraventas fuera de establecimiento mercantil. Típico caso de compraventa con consumidores cuyo régimen se encuentra en la Ley 26/1991, de 21 de noviembre de protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.

a- Compraventa con condiciones generales

La Ley 7/1998, de 13 de abril, establece un régimen de las condiciones generales de la contratación con un ámbito de aplicación más amplio que el que tenía la regulación que le sirvió de precedente: la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984. En esta ley se reguló por primera vez en el Derecho español las condiciones generales, de manera general, es decir, sin ceñirse a un tipo de condiciones generales aplicables a unos tipos de contratos¹¹. Dicha regulación fragmentaria y farragosa tuvo que ser modificada a impulso del Derecho comunitario: la Directiva del Consejo 93/13/CEE de 5 de abril de

11 Máximo exponente de esta regulación sectorial es el art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980.

1993 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (DOCE 21.4.93). cuyo ámbito de aplicación está pensado para los consumidores. En su transposición al Derecho español se optó, no simplemente por modificar la LGDCU sino, por regular de una manera más completa el régimen de los contratos sometidos a condiciones generales, lo cual había sido una aspiración de la doctrina desde los años setenta del siglo XX.

En la Ley de 1998 se parte de definir las condiciones generales de la contratación y de determinar las partes en dichos contratos, como el predisponente (empresario o profesional que actúa en el ámbito de su actividad) y el adherente (cualquier persona física o jurídica pudiendo ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad). Esta última precisión hace que pueda ser aplicable la ley a un profesional que actúe en el ámbito de su profesión por lo que pueden tenerse en cuenta sus normas si un empresario es el que contrata con otro empresario, que le impone las condiciones generales en un contrato para su ejercicio profesional. Por tanto, el perímetro es más amplio que el que tenía el art. 10 de la LGDCU y la propia directiva comunitaria.

Como requisitos o características de las condiciones generales se exigen: la contractualidad, es decir, que se refiera a un contrato de cualquier tipo excepto los expresamente excluidos¹²; la predisposición por una de las partes, aunque no haya sido la redactora; la imposición y la generalidad, ya que deben ser cláusulas incorporadas en una pluralidad de contratos aunque el predisponente no los imponga en «todos» sus contratos.

Desde el punto de vista del control de dichas condiciones generales la ley establece un régimen completo, tanto de carácter previo a la inclusión de la cláusula en un contrato, como durante la vigencia del contrato y una vez que se haya declarado la nulidad de la cláusula.

1. Control previo. Interesa especialmente asegurar la información del adherente y que éste preste su consentimiento por medio de la firma del contrato. Asimismo las condiciones generales deben registrarse en el Registro de Condiciones Generales e informarse de las mismas por parte de notarios o registradores en caso de intervención de dichos profesionales en el contrato.
2. Control durante la vigencia del contrato, aplicándose aquellas normas de interpretación que favorezcan al adherente.

¹² El art. 4 excluye los contratos administrativos, de trabajo, de sociedad, familiares y sucesorios.

3. Control posterior a la declaración de nulidad. Aquellas cláusulas que sean contrarias a una norma imperativa o prohibitiva son nulas, pero tal nulidad no determina la del contrato que permanece en vigor y podrá ser integrado por las reglas generales del art. 1258 del CC. Se prevén una serie de acciones, tanto individuales como colectivas, para que se declare que es una condición general, se cese en su utilización, o se retracte el predisponente en la recomendación de esas condiciones generales.

La regulación se completa con la modificación del art. 10 de la LGDCU, la introducción de un art. 10 bis y la Disposición Adicional 1ª de la LGDCU en las que se establece el régimen de las cláusulas abusivas previstas especialmente para los contratos celebrados con consumidores.

b- Contratación electrónica

Otro de los fenómenos que afecta especialmente a los contratos de compraventa y que ha recibido en el Derecho español una regulación especial es el referido a la contratación por medios electrónicos. En este sentido la Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, establece algunas especialidades si el contrato de compraventa se ha efectuado por estos medios. En esta norma se regula un fenómeno más amplio que el exclusivo del comercio electrónico. Se refiere a la sociedad de la información, no sólo a la contratación sino otros servicios no remunerados por los destinatarios como p.ej. ofrecer información o las comunicaciones comerciales, los instrumentos de búsqueda, acceso y recuperación de datos, buscadores, la publicidad o el marketing directo a través del correo electrónico. De ahí que se hable de sociedad de la información puesto que una de las mayores revoluciones que implican todos estos avances tecnológicos es la facilidad y las posibilidades de obtener rápidamente la información. Por otra parte, tradicionalmente se consideraba comercio electrónico era sinónimo de compra electrónica. Ahora, las nuevas tecnologías han creado un nuevo mercado por lo que el comercio electrónico, que se realiza en el mercado y por medio de la empresa habilitada por Internet o por las tecnologías de la World Wide Web, requieren la regulación del Derecho mercantil. Se precisan reglas que regulen el propio mercado y no solamente el tema de la contratación en el mismo. Además estas cuestiones del cyberspacio las debemos considerar multidisciplinarias (sobre todo en cuestiones como la propiedad intelectual, Derecho fiscal, Derecho del Trabajo etc.).

Cuando nos estamos refiriendo a la contratación electrónica debemos distinguir, por una parte, la contratación efectuada por los empresarios en su tráfico mercantil (conocidos como contratos B2B) y la contratación llevada a cabo por los destinatarios finales de los productos o servicios, es decir, por los consumidores (B2C),

e incluso solamente entre consumidores (C2C). La ley española nos da un concepto de contrato electrónico en el ANEXO letra h:

“contrato celebrado por vía electrónica o contrato electrónico es todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones».

En los preceptos de la ley solamente se indica que son los celebrados por vía electrónica (Art. 23.1). En ellos destaca como nota característica, a mi juicio por encima de todas las demás, que nos encontramos ante una contratación a distancia. Por tanto, en principio tendríamos que afirmar que todas estas formas de contratación son contratación entre ausentes por lo que, a la hora de determinar su régimen jurídico, tendríamos que acudir a los art. 1262 y ss. del Cc y 54 del Ccom. modificados por la ley 34/2002 de 11 de julio en su DA 3ª que utiliza el término «lugares distantes». Además hay que considerarlos como contratos negociados a distancia de los regulados en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante LOCM). No es tanto la presencia física de los contratantes lo que determina la diferencia en el tratamiento de estas formas de contratación sino que la comunicación sea o no simultánea. A mi juicio no es cuestión de lugar sino de tiempo lo que implica que deba darse a esta forma de contratación un tratamiento diferenciado. De hecho en la Ley (art. 27.2.b) se excluye la aplicación de ciertas normas cuando se prevé la contratación por medio de correo electrónico ya que aquí lo fundamental es que se trata de una contratación por correo, por tanto semejante a la prevista en la legislación codificada y es perfectamente posible aplicar las reglas contenidas para la contratación entre ausentes. En el correo electrónico lo importante es el sustantivo, que es un correo, y no el adjetivo, que se transmita por un medio electrónico, porque esto implica rapidez pero no necesariamente simultaneidad. Por eso pueden darse los mismos problemas que en la contratación por carta tradicional. Es posible distinguir entre el momento en el que se emite la declaración de voluntad (tesis de la emisión); el momento en el que se envía el correo electrónico (tesis de la remisión); el momento en el que el receptor lo recibe (tesis de la recepción) y el momento en el que el receptor lo lee efectivamente (tesis del conocimiento) pudiendo pasar periodos de tiempo más o menos largos entre uno y otro. Esto no es posible en el caso de la contratación electrónica pues una vez que se efectúa la conexión por medios telemáticos la llegada de la oferta y de la aceptación puede ser prácticamente simultánea. Lo importante es que nos encontramos ante un tipo de contratación que se realiza entre personas que están distantes entre sí y, en consecuencia, las especialidades tienen que venir por el hecho de que no siempre se tiene a la vista lo que es objeto del contrato y por las deficiencias técnicas de los medios de comunicación. Por esto los preceptos que tenemos que tener funda-

mentalmente en cuenta son los art. 38 a 48 y la Dispo. Adic. 1º de la LOCM en su redacción actual dada por la Ley 47/2002 de 19 de diciembre. En este sentido el Art. 38 de la LOCM, cuyo p. 6 prevé la aplicación preferente pero no exclusiva de la LSSICE.

A través de la aprobación de la LSSICE se trata de favorecer la celebración de contratos por vía electrónica. Esto se manifiesta en su art. 23, acorde con el principio espiritualista que rige la perfección de los contratos en Derecho español, declara la validez y eficacia del consentimiento por vía electrónica. A su vez se establece, la innecesidad de un acuerdo previo de las partes respecto la utilización de medios electrónicos. Este mismo artículo establece que, siempre que la Ley exija que un contrato figure por escrito, (forma *ad probationem*), este requisito se entenderá satisfecho cuando el contrato figure en soporte electrónico.

Desde el punto de vista del contrato de compraventa lo fundamental es destacar que la oferta y la aceptación han de efectuarse por medios electrónicos. Por perfección del contrato entendemos aquel momento a partir del cual el contrato comienza a desplegar sus efectos, esto es, el momento a partir del cual las partes pueden exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

La oferta debe consistir en una verdadera comunicación comercial, es decir, debe consistir en una comunicación dirigida a proporcionar a terceros, directa o indirectamente, los bienes. Ha de ser precisa, completa y definitiva. Por ello, nos encontraremos ante una oferta electrónica cuando la página *web* contenga el dispositivo técnico para que se produzca la aceptación por vía electrónica, en caso contrario estaremos ante una simple *invitatio ad offerendum*, donde el destinatario del bien o servicio habrá sido el ofertante.

Como vemos, en el ámbito de la contratación electrónica, la oferta comercial se realiza a través de un escaparate virtual "*websites*", estas, podrán ser activas, porque promueven la comercialización, o pasivas, puesto que simplemente hacen ofertas públicas genéricas.

Para que se pueda prestar el consentimiento por vía electrónica es necesario que se otorgue una serie de informaciones por lo que podemos considerarlo como un consentimiento informado.

Con el fin de promover la máxima transparencia en las relaciones entre usuarios y los proveedores de servicios, se establecen una serie de obligaciones a cargo de los prestadores de servicios. El art. 27 de la LSSICE establece la obligación, de informar de manera clara, comprensible e inequívoca y antes de iniciar el procedimiento de contratación sobre los siguientes aspectos:

1. Los trámites a seguir para celebrar el contrato.
2. Si el prestador archivaré el documento electrónico en que se formalizará el contrato.
3. Los medios técnicos que ponen a disposición para corregir errores.
4. La lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato. Entiendo, que si son varias las lenguas posibles, sea el usuario quien la elija.

Estas exigencias son imperativas cuando el destinatario del servicio es un consumidor, sin embargo entre empresarios es una norma dispositiva, es decir, pueden pactar su inaplicación. Tampoco será exigible cuando el contrato se haya celebrado a través de correos electrónicos, siempre que este medio no sea utilizado con el único propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación. Si hemos indicado que se trata de una contratación a distancia será necesario que se informe asimismo de las menciones indicadas en el art. 40 de la LOCM¹³.

13 Este precepto indica:

- «1. Antes de iniciar el procedimiento de contratación y con la antelación necesaria, el vendedor deberá suministrar al consumidor, de forma veraz,, eficaz y suficiente, la siguiente información:
- a) La identidad del vendedor y su dirección.
 - b) Las características esenciales del producto.
 - c) El precio, incluidos todos los impuestos.
 - d) Los gastos de entrega y transporte, en su caso.
 - e) La forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución.
 - f) La existencia de un derecho de desistimiento o resolución, o su ausencia en los contratos a que se refiere el art. 45.
 - g) El coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica.
 - h) El plazo de validez de la oferta y el precio.
 - i) La duración mínima del contrato, si procede, cuando se trate de contratos de suministro de productos destinados a su ejecución permanente o repetida.
 - j) Las circunstancias y condiciones en que el vendedor podría suministrar un producto de calidad y precio equivalentes, en sustitución del solicitado por el consumidor, cuando se quiera prever esta posibilidad.
 - k) En su caso, indicación de si el vendedor dispone o está adherido a algún procedimiento extrajudicial de solución de conflictos.
2. La información contenida en el apartado anterior, cuya finalidad comercial debe ser indudable, deberá facilitarse al comprador de modo claro, comprensible e inequívoco, mediante cualquier técnica adecuada al medio de comunicación a distancia utilizado, y deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar».

No obstante, aunque la LSSICE no lo diga expresamente, sería apropiado que se añadan a la página *web* herramientas que faciliten al usuario la elección de productos y envío de la orden de compra, como por ejemplo utilización de carritos de compra que ayuden a la selección de productos. También sería importante que antes de la aceptación se presente una hoja recapitulativa con todos los objetos seleccionados, su precio, los gastos del transporte y el total de los impuestos.

El art. 27 de la Ley de C-E, termina diciendo en su apartado 4, que:

“con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario”..

Con el fin de afianzar la seguridad de los contratos se establecen una serie de informaciones post-contractuales, imperativas frente a los consumidores y con posibilidad de pacto en contrario entre empresarios. El marco jurídico de estas exigencias se encuentra en el art. 28 de la Ley de C-E. Se exige la confirmación de la recepción de la aceptación a través de un acuse de recibo enviado por correo electrónico u otro medio equivalente en las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación.

En cuanto a la aceptación es necesaria para que el contrato se perfeccione. Hasta la LSSICE, la regulación sobre el momento de la perfección de los contratos electrónicos había que buscarla en los artículos sobre contratación entre ausentes: los arts.1262.2º Cc y 54 Ccom, que consagraban los criterios extremos del conocimiento y declaración respectivamente. No obstante, ambos preceptos fueron objeto de una interpretación correctora que los aproximan a los criterios intermedios de la recepción (criterio civil) y la expedición (criterio mercantil). La doctrina, ante la ausencia de pronunciamiento por parte de la Directiva sobre el C-E en este punto, estaba dividida a la hora de aplicar esta diversidad de soluciones en la contratación electrónica.

Así, mientras un sector como puede ser RECALDE CASTELLS¹⁴ o ILLESCAS ORTIZ¹⁵ atendían primero a la naturaleza del contrato para aplicar después el Código Civil, el de Comercio, o la Convención de Viena, según el contrato sea civil, mercantil o internacional.

14 «Comercio y contratación electrónica», *Informática y Derecho*, nº30-32, 1999, p.58.

15 *Derecho de la Contratación electrónica*, Madrid 2001, *passim*.

Otro sector doctrinal formado por CLEMENTE MERO¹⁶, VATTIER FUENZALIDA¹⁷ o BARRIUSO RUIZ¹⁸ se inclinaban por una consideración unitaria de todos los contratos electrónicos basada en el citado precepto del Código Civil en su interpretación correctora, es decir, consideraban aplicable a todos los contratos celebrados por medios electrónicos el criterio de la recepción.

El panorama ha cambiado tras la LSSICE, pero antes de llegar a ella hemos podido contar con cinco anteproyectos de Ley. A lo largo de las distintas versiones ha destacado los cambios de opinión del legislador español sobre este punto:

En la versión de septiembre de 2000, no se decantaba por ninguna de las teorías clásicas que rigen el momento de perfección del contrato. En cambio, el art 23 del Anteproyecto de enero de 2001, se inclinaba por la teoría de la recepción, superando en esta materia la clásica dualidad de criterios. Sin embargo, en el Anteproyecto de abril de 2001, da un giro el legislador y decide recoger el momento de la emisión (art. 30), momento también deseado por la propuesta alternativa al proyecto actual de la LSSICE por parte de la Asociación de Cibernautas (art.30). Pero finalmente, el legislador nos sorprendió con la solución adoptada en el Proyecto de Ley de 22 de febrero de 2002 y ratificada con la aprobación de la Ley de 3 de julio de 2002. Esta vez no acoge una solución unitaria para este tipo de contratos, sino que por lo que ha optado es por modificar, a través de su Disposición Adicional Cuarta, los artículos del Código Civil y Mercantil. Se puede decir, que con esta Ley se ha terminado con tantos años de discusiones doctrinales en cuanto al momento de perfección de los contratos entre ausentes, estableciéndose finalmente una triple teoría, primero la del conocimiento, después la teoría de la recepción matizada con el criterio de la buena fe. Según la DA 4^a quedan regulados ambos artículos del siguiente modo:

El art. 1262 Cc, "El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y causa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación".

16 «Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica», *RDP*, 2000, n° 4, p. 76-77.

17 «Sobre la formación del contrato en el anteproyecto de ley de comercio electrónico»; *RCE* 2000, n°8, p. 15.

18 *La contratación electrónica*, Madrid 1998, p. 129.

El art. 54 Ccom, "Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en le que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación".

Si la contratación electrónica la consideramos como de las realizada por medio de dispositivos automáticos (y no se sabe por qué si el legislador lo ha querido hacer así no lo ha indicado claramente) para la misma se recoge la tesis de la emisión. Ahora bien, no toda contratación electrónica podemos considerarla, sin más, automática, y en ese caso se deberán aplicar los criterios generales de la contratación entre personas distantes.

Si es un consumidor el que acepta electrónicamente, e art. 41 de la LOCM exige el consentimiento expreso. La finalidad del artículo es la protección del consumidor que puede verse obligado a contratar por otorgarle el vendedor un valor a su silencio. El artículo se preocupa de dejar claro que la aceptación del consumidor tiene que ser expresa. No se otorga validez ni a la declaración tácita ni, como ha quedado indicado, al silencio.

En cuanto al lugar de celebración del contrato, es una cuestión importante desde el punto de vista de la competencia territorial. Con anterioridad a la LSSICE y, partiendo de la distinción entre contratos civiles y mercantiles, se tenían que aplicar el art. 1262 del Cc en el que se fijaba como lugar de celebración del contrato el lugar en el que se hizo la oferta, sin embargo para los contratos mercantiles el art. 54 determinaba el lugar de la emisión de la declaración de voluntad. LA LSSI DA 3ª lo modifica aplicando el mismo criterio que para los civiles. Se trata de una presunción por lo que cabe pacto en contrario designando otro lugar. En la LSSI art. 29 prevé un criterio especial si el que contrata es un consumidor, indudablemente más favorable:

"Art. 29 Lugar de celebración del contrato

Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual.

Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios."

Se determina un doble criterio en función de la condición de consumidor o no del destinatario de los bienes ya que en ese caso se establece, como criterio favorable al consumidor, el del lugar que tenga su residencia habitual. Este criterio

es claramente más beneficioso en este tipo de contratación que el previsto en el art. 1262 del Cc que es aplicable en el presente y el que se aplicará a los demás contratos realizados a distancia.

Por lo que se refiere a la forma del contrato hay que partir del principio de libertad de forma previsto, con carácter general, para los contratos civiles (art. 1278 del Cc) y mercantiles (art. 51 del Ccom). No obstante, si es una compraventa civil realizada entre un empresario y un consumidor por un medio de comunicación electrónico tenemos que tener en cuenta el art. 47 de la LOCM en lo relativo a la información que se debe suministrar al destinatario en el momento de la ejecución del contrato. Esta información debe ser entregada por escrito o en soporte duradero adecuado (art. 47.2). La forma escrita se exige para garantizar que el comprador pudo tener conocimiento de las condiciones del contrato. Es una forma *ad probationem* que pretende asegurar el contenido de los derechos del consumidor, no *ad solemnitatem* que afecte a la validez del contrato. En puridad no se puede hablar de forma del contrato sino de determinación de su contenido por escrito para garantizar los derechos del consumidor. El contrato se ha perfeccionado mediante el concurso de la oferta y la aceptación y no es preciso que se documente por escrito sino que se le informe al comprador de los derechos, especialmente el de resolución, y del contenido del contrato.

c- Contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil

Se encuentran regulados en la Ley 26/1991 de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Esta Ley está dentro de la órbita de las normas que pretenden proteger los intereses de los consumidores, por lo que no se aplica a las compraventas mercantiles, pero es necesario hacer referencia a la misma por la solución que otorga, que puede ser similar a las que se establecen para ciertas compraventas mercantiles con especialidades, como en su momento se hará alusión. Por esta ley se incorporó al Derecho español la Directiva del Consejo CEE 85/577 de 20 de diciembre de 1985 referente a la protección de consumidores en el caso de contratos negociados fuera del establecimiento del comerciante.

La razón de esta protección especial viene dada porque en este tipo de contrato concurren circunstancias de iniciativa del empresario, imposibilidad de comparar calidad y precio de la oferta por las que pueden producirse prácticas comerciales abusivas. El régimen de protección se basa en tres medios:

1. Exigencia de documentación formal del contrato o de la oferta contractual (art. 3) correspondiéndole al empresario la prueba de su cumplimiento.

2. En caso de incumplimiento de este requisito formal, posibilidad de anulación del contrato por el consumidor, no del empresario. Esto hace que pueda calificarse estos contratos como formales¹⁹.
3. Derecho de revocación de su declaración de voluntad, sin necesidad de alegar causa alguna, pasados siete desde la recepción del bien contándose en función del momento de la emisión de dicha declaración de revocación. De tal manera que sólo cuando ha transcurrido el plazo de revocación, el contrato se ha perfeccionado de forma definitiva, por lo que nos encontramos ante un contrato de perfección diferida²⁰.

Los derechos reconocidos al consumidor son irrenunciables, siendo válidas las cláusulas más beneficiosas para el mismo. De las obligaciones establecidas en la norma responden, de forma solidaria, el empresario, su mandatario comisionista o agente que haya actuado en nombre propio.

3 Elementos del contrato

De acuerdo con el art. 1261 del Cc los elementos del contrato son el consentimiento, el objeto y la causa. En primer lugar el consentimiento. En virtud del art. 1262 CC el consentimiento se forma mediante el concurso de la oferta y de la aceptación.

En materia de consentimiento existen especialidades en la compraventa mercantil por razón del consentimiento del comprador o del vendedor. Entre éstas cabe citar la cláusula "salvo confirmación de la casa" y "salvo venta"; la venta con reserva de aprobación y la venta a ensayo o prueba.

-Cláusula "salvo confirmación de la casa y salvo venta"

Se presenta cuando el contrato se ha estipulado entre el comprador y un representante del vendedor, normalmente un representante de comercio o un agente cuya función sea promover contratos pero no contratar. Estas son las manifestaciones más primitivas de distribución comercial. La falta de facultades de este representante es lo que hace que la eficacia del contrato se someta a una condición, normalmente suspensiva, de que el vendedor confirme o apruebe las ventas o las condiciones de la mismas (pedidos). El contrato se perfecciona en el momento de la confirmación por lo que parece preferible considerar que nos encontramos ante un supuesto de formación sucesiva del contrato o contrato de

19 SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 25ª ed., Madrid 2003, tomo II, p. 142.

20 *Ibidem*, p. 143.

formación diferida. Hasta ese momento el comprador no puede exigir el cumplimiento. Sería un supuesto semejante al de la compraventa fuera de establecimiento mercantil pero en este caso, como ha quedado indicado, el contrato es entre un empresario y un consumidor

Similar es la cláusula salvo venta en virtud de la cual el vendedor se reserva la facultad de revocar su consentimiento si vende la cosa a otro. El vendedor decide si prefiere vender la cosa a otro.

-Compraventa con reserva de aprobación

En este caso es el comprador el que no presta su definitivo consentimiento en el momento de la compra. Consentimiento que no se formula hasta que no reciba la cosa y, una vez examinada, decida aprobarla y aceptarla. En esta compra el comprador es totalmente libre para aceptar o no los géneros si le convienen o rehusarlos.

Esta facultad parece configurarse por el art. 328 1 del Ccom como una condición potestativa resolutoria, aun cuando ello se opone a lo establecido en el art. 1115 del CC que declara la nulidad de las mismas. Parece más adecuado, pese a la dicción del art. 328, 1 del Ccom²¹, considerar que estos contratos sólo se perfeccionan cuando el comprador recibe y aprueba las mercancías. A esta aprobación el art. 1453 del CC le atribuye la naturaleza de condición suspensiva. Sin embargo, es más conveniente estimar que estamos ante un contrato en formación en el que el consentimiento del vendedor se ha prestado pero el del comprador queda diferido al momento de su examen. Nuevamente, hay que recordar que, en materia de contratos con consumidores, éste es el régimen que se prevé para los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles en la Ley 26/1991, en la que se les atribuye esta condición en función del hecho de que el consumidor no tiene la suficiente tranquilidad para saber si le convienen los bienes adquiridos por lo que el ordenamiento le otorga esta facultad de revocar el consentimiento.

También tiene tradición este tipo de compraventa en el Derecho nicaragüense cuyo Ccom, en su art. 346 prevé que:

“Siempre que la cosa vendida a la vista sea de las que se acostumbran comprar al gusto, la reserva de la prueba se presume; y esta prueba implica la condición de que la cosa sea sana y de regular calidad”

21 “En las compras de géneros que no se tengan a la vista ni puedan clasificarse por una calidad determinada y conocida en el comercio, se entenderá que el comprador se reserva la facultad de examinarlos y de rescindir libremente el contrato si los géneros no le convinieren”

-Venta a ensayo o prueba

Prevista en el art. 328, párrafo 2 que establece:

“También tendrá el comprador el derecho de rescisión si por pacto expreso se hubiere reservado ensayar el género contratado”.

Aunque hay autores que no hacen distinción entre ambos supuestos²², es preciso diferenciarlos. GARRIGUES²³ indica que en este caso el comprador adquiere una cosa reservándose su definitiva aceptación al resultado que obtenga de su ensayo o prueba. Aquí se persigue la finalidad de que el comprador pueda comprobar la idoneidad de la cosa para el uso que le es propio y se le destina. Por ello, el comprador no puede rehusar arbitrariamente el género tras realizar la prueba sino sólo si es inadecuada a su fin y debe conservar la recepción en caso contrario. En caso de discordancia deberán decidir los peritos nombrados judicialmente según art. 2127 de Ley de Enjuiciamiento Civil. En el Derecho nicaragüense el art. 345 ccom, con también remite a los peritos para que decidan.

A esta podría asimilarse la prevista en el art. 347 del Ccom nicaragüense que regula:

“la compra por orden de una cosa designada sólo por su especie y que el vendedor debe remitir al comprador, implica de parte de éste la facultad de resolver el contrato, si la cosa no fuere sana y de regular calidad. Siendo la cosa designada a la vez por su especie y calidad, el comprador tendrá también la facultad de resolver el contrato, si la cosa no fuere de la calidad estipulada”.

En ambos casos tampoco hay una causa de resolución libre sino únicamente si la cosa no es de la especie o calidad pactada.

La mercancía

Históricamente la compraventa mercantil versó siempre sobre mercancías, es decir, sobre cosas muebles corpóreas aptas para el tráfico. En el momento presente el concepto se ha ampliado pudiéndose incluir dentro de ellas valores (compraventa bursátil) y ciertos derechos (propiedad industrial, patentes, marcas ...)

¿Qué ocurre con los inmuebles?

Se trata de una cuestión polémica. El art. 325 del Ccom los excluye y el art. 341 del C nicaragüense también. Parece impropia esta exclusión si se trata de ventas

22 URÍA, URÍA, R. *Derecho Mercantil*, 26ª ed. 1999, p.674 y 685.

23 GARRIGUES, J. *Curso de derecho mercantil*, Tomo 2, 6ª Edición, 1974., p.91.

efectuadas por sociedades inmobiliarias que introducen estos bienes en su tráfico especulativo.

Existen argumentos a favor de la mercantilidad:

-El Ccom español de 1829 las prohibía expresamente (art. 360).

-La exposición de motivos del Código de 1885 indica al respecto que «dependerá de las circunstancias que concurren en cada caso, la cual harán los tribunales» siendo posible la aplicación analógica del art. 325.

Pero también hay argumentos en contra:

- El Derecho mercantil es un derecho especial frente al civil por lo que sus normas delimitadoras deben interpretarse restrictivamente.
- Contra la analogía basta pensar lo inadecuado de las cargas impuestas al comprador en la compraventa mercantil, por ejemplo, ante los vicios los art. 336 y 342 del Ccom imponen requisitos y difícilmente aplicables para la venta de inmuebles, asimismo la mayoría de los artículos se refieren a mercancías embaladas, transportadas etc. ...lo cual es incompatible con el carácter de inmuebles.

En conclusión, pese a la conveniencia no hay norma expresa legal y el Ccom no establece normas adecuadas. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia²⁴.

-Venta sobre muestras o calidad conocida en el comercio

Prevista tanto en el art. 327 del Ccom español como en el art.343 Ccom. Nicaragüense.

En el caso de que el comprador se negare a recibirlas se nombrarán peritos por ambas partes (según el procedimiento de 2127 del Cc) que decidirán si los géneros son o no de recibo. Por muestra se entiende la porción material de la mercancía contratada y que ha de ser entregada (retal de tela, medida de cereal o de vino, mercancía anteriormente servida al comprador). En cuanto a la calidad conocida en el comercio es la representación intelectual del objeto comprado (Café de Nicaragua, mármol de Carrara...)En ambos casos lo que se está haciendo es determinar material o intelectualmente una especie dentro de un género.(café, mármol).

24 RDGR 13 de diciembre de 1985 RJ6643.STS 25 de enero de 1989.

Como efectos en este tipo de compraventa debemos considerar:

- a) El contrato se estipula en firme y no bajo condición como si la mercancía no estuviera a la vista. De modo que la correspondencia del género o mercancía entregados con la muestra o calidad conocida en el comercio no afecta a la eficacia u obligatoriedad del contrato sino al cumplimiento por parte del vendedor. De ahí que no sea posible que él rehúse sin justa causa²⁵.

En el Derecho Nicaragüense la dicción del precepto puede dar lugar a una interpretación distinta, ya que se dice que "si los peritos declarasen ser de recibo, se estimará la venta perfecta, y en el caso contrario, se rescindirá el contrato sin perjuicio de la indemnización a que tenga derecho el comprador". Por lo que parece que se trataría de un contrato en formación, sin embargo en la glosa que hace ANÍBAL SOLÓRZANO²⁶ se indica que la venta debe entenderse "consumada" es decir ejecutada y consiguientemente lo que procede como considera este autor es resolver el contrato.

- b) La muestra o calidad prefigura la prueba de la correspondencia de la cosa entregada con lo pactado, lo que en caso de la muestra se hará mediante el cotejo de la misma con el género entregado, por lo que el depositario deberá conservarla si quiere utilizarla como prueba preconstituida. En este sentido STS 18 de abril de 1991 (RA 1991/2722) la considera como un derecho del comprador pero debe haber protesta formal.

No se puede considerar venta sobre muestras cuando la presunta muestra se refiere a la mercancía ya adquirida que se entrega parcialmente al comprador para que éste la reconozca y pueda ejercitar las acciones por incumplimiento o saneamiento ya que en el momento de la perfección del contrato no se ha tenido a la vista la muestra. Tampoco cuando la muestra se utiliza como medio de captación de clientela o publicidad, ni la venta de un género limitado (naranjas de este huerto). En el Derecho español no se regula la venta tipo muestra, prevista en el Derecho italiano (art.1552 Cc), en la que las partes toman la muestra como una aproximación a la mercancía para facilitar la determinación de sus cualidades y no como parte de la que ha de ser entregada. A ésta podemos asimilar la prevista en el art. 344 del Ccom nicaragüense: la compra a la vista designando la especie, que se califica como venta en firme.

25 En este sentido la jurisprudencia española es abundante. Vid. SAP Badajoz 261/2000 de 13 de diciembre RA2001/94460; SAP Alicante 420/2000 de 16 de noviembre RA 2001/2413; STS 1 de julio de 1991, RA 1991/5312.

26 *Glosas al Código de comercio de Nicaragua. Concordancias y jurisprudencia*. Managua 1999, p. 253.

En las ventas sobre muestras los art. 327 y 2127 de LEC exigen la necesidad de examen o cotejo por parte de peritos. El párrafo último acoge el cumplimiento correcto si la mercancía coincide con la muestra o la resolución del contrato en caso contrario más la indemnización de los daños y perjuicios. VERJEZ²⁷ consideran que cabe aplicar el art. 1124 del Cc resolución o cumplimiento.

Otra cosa distinta es si es posible el saneamiento por vicios ocultos si no existe correspondencia. Así lo entiende VERJEZ pero hay que puntualizar:

-La no conformidad de la mercancía es incumplimiento.

-Sin perjuicio de ello, si la mercancía tiene vicios o defectos se someterán a su régimen art. 336 o 342²⁸.

El precio

Es el otro elemento real necesario en el contrato. De acuerdo con el art. 1447 Cc tiene que ser cierto y en dinero o signo que lo represente.

Como especialidades en materia mercantil hay que indicar que no es posible la rescisión por lesión (art. 344)

Puede ser en moneda nacional o extranjera teniéndose que tener en cuenta las normas sobre control de cambios.

Son posibles las arras que tienen el carácter de confirmatorias (art. 343 y art. 361 del Ccom nicaragüense) y no penitenciales como ocurre en materia civil (art. 1454 del Cc).

En la LOCM se establecen algunas limitaciones a la determinación del precio, aunque no siempre serán aplicables a las compraventas mercantiles, por tratarse de normas que afectan a la actividad minorista y por tanto a la reventa que hemos calificado de civil. Así, por ejemplo, art. 13 establece normas de determinación de precios de determinados productos (éstas podrían ser mercantiles a pesar del ámbito de aplicación de esta Ley). El art. 14 prohíbe la venta a pérdida (aquí se trata de compraventas civiles por ser reventa) y el art. 15, que se refiere a la venta con precios reducidos para colectivos especiales. En todo caso la consecuencia es la sanción administrativa (art. 68 y 69 de la LOCM) y no la nulidad o anulabilidad del contrato.

27 «Concepto y particularidades de la venta sobre muestras» *Libro Homenaje a Garrigues*, tomo III, p. 455.

28 En este sentido STS 30 de diciembre de 1997 RA 9486.

-La venta a precio impuesto de reventa.

Es un supuesto especial de venta en cuanto al precio. En este caso el fabricante impone al distribuidor de los productos el precio al que debe venderlos. Esto plantea problemas desde el punto de vista del Derecho de la competencia. La imposición de precio de reventa es una técnica de control del productor sobre el distribuidor. La finalidad es conseguir incentivar al distribuidor para secundar una política de ventas y promoción de los productos. A éste se le garantiza el conocimiento previo de los beneficios. Se trata de un convenio vertical, es decir, los que se dan entre empresarios que están en distintos estadios de la producción y no entran en competencia directa en el mercado.

Este acuerdo vertical es una conducta colusoria del art. 1 letra a de la LDC "fijación de precios". Se ha producido en la práctica tanto a nivel nacional como comunitaria. En derecho español hubo un caso bajo la Ley Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963, hoy derogada, el Caso *Rochas* STDC 30 de marzo de 1974. En el que se indicó que era un convenio vertical de fijación de precios pero no sancionable

«Que el fabricante o productor de un bien de su propiedad tiene derecho, en cuanto legítimo propietario de la mercancía de que se trate a fijar libremente el precio de la misma, salvo el caso, claro es, de precios intervenidos legalmente, y a organizar la venta al público de sus productos, pudiendo servirse para ello de otras personas que su fuesen en realidad sus comisionistas el convenio que con ellas realizasen no estaría comprendido entre los que contempla el art. 1 y concomitantes de la Ley 110/63, ya que en el supuesto de existir un verdadero contrato de comisión, la fijación del precio, y, en general, el montaje de la comercialización del producto serían actos propios del titular de la marca, si bien sirviéndose de mandatarios o comisionistas...».

En el Derecho comunitario (en el caso *Pronuptia* STJC 28 de enero de 1986) se indicó que el precio recomendado no infringe el art. 85 1. del TCE si el distribuidor decide seguir tales precios ya que no hay acuerdo ni práctica concertada.

El Reglamento CEE 83/1983, referido a la distribución en exclusiva, los excluye por lo que RD 21 de febrero de 1992 por el que se desarrollan las exenciones por categorías en el Derecho español determina, en el art. 1. 1 a y b, como categorías que están exentas, y, por tanto, autorizadas, los acuerdos de distribución y compra en exclusiva.

En idéntico sentido el Reglamento comunitario actualmente en vigor Regl. CE 2790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3º del art. 81 del tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas prevé en su art. 4:

“la exención prevista en el art 2 no se aplicará a los acuerdos verticales que directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo el control de las partes , tengan por objeto:

a)la renovación de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios máximos o recomendar un precio de venta siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes”.

Como especialidad sobre el precio, del Derecho Nicaragüense el art. 350 prevé la venta por el precio que otro ofrezca, que no tiene correlativo en el Derecho español. En este caso es la fijación del precio lo que queda al arbitrio de un tercero y el comprador puede desistir. No aceptándolo el comprador el contrato se resuelve pasados tres días desde el requerimiento del vendedor. Si el vendedor hubiera entregado el comprador debe pagar el precio del día de la entrega²⁹.

4 Otros tipo de venta que no tienen correlativo en el Código de Comercio Español

La venta de cosa de otro del art. 342 del Ccom nicaragüense

El art. 342 del Ccom nicaragüense parte del criterio de la validez de este tipo de venta frente al régimen de la compraventa civil y el vendedor lo que tiene que hacer es adquirir la cosa y entregarla al comprador, bajo pena de la indemnización de los perjuicios. En el Derecho español la venta de cosa ajena es válida sin necesidad de que así lo declare ningún precepto especial, ya que en el Derecho civil también es válida puesto que el contrato por si sólo no transmite la propiedad sino que es necesario además la tradición (art. 609). Por otra parte, el art. 85 parte de la irrevincabilidad de este tipo de ventas si la venta se ha efectuado en un establecimiento mercantil, siendo asimismo irrevindicable el dinero con el que se adquiriera. En el Derecho español difícilmente es tipo de venta será mercantil ya que la venta se efectuará en un establecimiento mercantil a un consumidor destinatario final y no es habitual que los comerciantes adquieran las mercancías que van a revender en un establecimiento de otro empresario.

5 Obligaciones del vendedor

La compraventa mercantil genera las mismas obligaciones que la compraventa civil: la entrega de la cosa y el pago del precio. La diferencia viene dada por la

29 Concordancia art. 141 Código de comercio chileno.

mayor rapidez y rigor que caracteriza a las compraventa mercantiles. Las obligaciones del vendedor son, fundamentalmente, la entrega de la cosa y la obligación de saneamiento.

5.1 Obligación de entrega

La entrega de la cosa tiene que efectuarse a título de propiedad ya que, de conformidad con el art. 609 CC el contrato es el título precisándose el modo o entrega para que la propiedad se transmita. Presenta dos modalidades:

-*Entrega material* (1462.1 del Cc): la cosa se considera entregada cuando está en posesión y poder del comprador. En el Código de comercio se refieren a la entrega material los art. 336 y 342 del Ccom que establecen los plazos de denuncia de los vicios de la cosa partiendo del momento de la entrega efectiva.

-*Entrega ficticia*. Es la generalizada en la práctica. (arts. 1462.2 y 1463 del Cc). En este caso la entrega se considera cumplida con la puesta a disposición del comprador (arts. 337, 338 y 339 del Ccom). Si se ha pactado que la entrega de la mercancía se haga mediante documentos o títulos de tradición (carta de porte, conocimiento de embarque, certificado de depósito en almacenes generales, etc.) será la entrega regular de estos documentos a quien aparezca como encargado de recibirlos lo que determinará el cumplimiento de la obligación de entrega.

De forma similar en el Derecho nicaragüense el art. 354 del Ccom establece estos efectos traslativos de la propiedad por el hecho del envío de las mercancías. A las formas de entrega ficticia se refiere el art. 355 que especifica como tales la entrega del conocimiento, carta de envío o factura, la fijación de la marca por parte del comprador, con consentimiento del vendedor, y una referencia genérica a «cualquier otro medio autorizado por la costumbre mercantil».

El lugar de la entrega es el establecimiento del vendedor

El momento de la entrega El art. 337 del Ccom determina:

«Si no se hubiera estipulado plazo para la entrega de las mercaderías vendidas, el vendedor deberá tenerlas a disposición del comprador dentro de la veinticuatro horas siguientes al contrato»

Por tanto, el momento de la entrega es el pactado o dentro de las 24 horas siguientes al contrato. Idéntico es el contenido del art. 352 Ccom nicaragüense.

En las ventas con expedición, en las que se exige el traslado de la mercancía de un lugar a otro, el problema es determinar cuándo se produce la entrega. Como al contrato de compraventa hay que unir un contrato de transporte, dependerá

de cómo se haya pactado el transporte. Si es a portes pagados lo abona el cargador que en este caso es el vendedor. Si es a portes debidos los abonará el comprador destinatario en el momento de la entrega en la llegada a destino. Este es el supuesto más normal y se entiende que la entrega al comprador se realiza en el momento en que las mercancías se entregan al porteador, como momento de la puesta a disposición del comprador.

Esto tiene incidencia en la transmisión del riesgo y en los gastos que debe asumir cada una de las partes. En el Derecho español hay que conjugarlo con el régimen del contrato de transporte y de la responsabilidad del transportista. A estos efectos el Art. 361 Ccom indica:

“Las mercaderías se transportarán a riesgo y ventura del cargador, si expresamente no se hubiere convenido lo contrario”

El responsable es el cargador y la cuestión es determinar quién es el cargador. Si los portes son pagados, éste será el vendedor que contrata en transporte. Si los portes son debidos, se entiende que el cargador es el comprador ya que el vendedor se limita a contratar el transporte en nombre y por cuenta del comprador que asume el pago de los mismos en el momento de la llegada a destino. Respecto a los gastos de entrega el régimen lo prevé el art. 338 del Ccom como se examinará más adelante.

El Código de comercio nicaragüense establece normas en caso de ventas durante el transporte (art. 348) y la venta bajo la condición de que llegue a destino (art. 349). Podríamos considerar que se está refiriendo a las ventas con expedición, sin embargo es más adecuado interpretar que nos encontramos ante ventas sometidas a condición o a la posibilidad de probarlas con lo que serán especialidades de ventas que afectan más al consentimiento que a la existencia o necesidad de un contrato de transporte.

Efectos de la puesta a disposición

1. Determina el cumplimiento de la obligación de entrega aunque el comprador no colabore en su recibo (art. 332 y 339 del Ccom español).
2. Nace la obligación para el comprador de pagar el precio (art. 339.1 del Ccom español art. 360 Ccom nicaragüense) si las recibe o mediante el depósito judicial en caso contrario (art. 332 del Ccom español).
3. Fija el momento a partir del cual se transmite el riesgo de la cosa, previa especificación unilateral por el vendedor si la cosa es genérica.

4. Fija el momento a partir del cual los gastos de traslado de la mercancía corren a cargo del comprador. (art. 338 del Ccom español)

Características de la entrega.

En cualquiera de sus modalidades la entrega ha de ser íntegra, puntual y exacta.

Íntegra. Salvo que el comprador consienta en recibir entrega parcial quedando facultado para exigir la entrega del resto. En este sentido el art. 330 establece:

«En los contratos en que se pacte la entrega de una cantidad determinada de mercaderías en un plazo fijo, no estará obligado el comprador a recibir una parte, ni aun bajo promesa de entregar el resto; pero si aceptare la entrega parcial quedará consumada la venta en cuanto a los géneros recibidos, salvo el derecho del comprador a pedir por el resto del contrato el cumplimiento o su rescisión, con arreglo al artículo anterior».

Puntual. En el plazo fijado o en las 24 horas siguientes. Los art. 337 del Ccom español y art. 352 Ccom.nicaragüense tienen idéntica dicción. El plazo es más breve que el de las obligaciones que llevan aparejada ejecución (art. 62 Ccom) que es de 10 días. El vendedor podrá negarse a la entrega en tanto no se le pague el precio. (art. 1466 Cc) o si, habiéndose aplazado el pago, el comprador resulta insolvente.

Exacta. Se debe entregar la cosa pactada o de género o calidad acordados.

5.2 Obligación de saneamiento

El Art. 345 del Ccom español con carácter meramente enunciativo, lo que no tiene equivalente en el Derecho nicaragüense, indica:

«En toda venta mercantil el vendedor quedará obligado a la evicción y saneamiento a favor del comprador, salvo pacto en contrario»

Por tanto el saneamiento en la compraventa puede ser por evicción o por vicios. El saneamiento por evicción supone la responsabilidad del vendedor si el comprador se ve privado de la cosa por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra. (art. 1475 Cc). No hay especialidades en materia mercantil.

En el saneamiento por vicios, la especialidad viene dada por la necesidad de denunciar con rapidez la existencia de vicios o defectos de la cosa ya que, si no, no se puede actuar judicialmente contra el vendedor. El régimen lo encontramos en el art. 336 y 342 del com. español, que acoge lo que, de manera semejante, se recoge en los art. 353 y 357 del Derecho nicaragüense.

En ambos ordenamientos los plazos son breves para proteger al vendedor, que debe conocer pronto si la operación ha concluido felizmente, y para la seguridad del tráfico mercantil.

Hay que distinguir:

1. Vicios aparentes. El art. 336 del Ccom español determina:

«El comprador que al tiempo de recibir las mercaderías las examinare a su contento, no tendrá acción de repetir contra el vendedor alegando vicio o defecto de cantidad o calidad en las mercaderías.

El comprador tendrá el derecho de repetir contra el vendedor, por defecto en la cantidad o calidad de las mercaderías recibidas enfardadas o empaquetadas, siempre que ejercite su acción dentro de los cuatro días siguientes al de su recibo, y no proceda la avería de caso fortuito, vicio propio de la cosa o fraude.

En estos casos podrá el comprador optar por la rescisión del contrato o por su cumplimiento con arreglo a lo convenido, pero siempre con la indemnización de los perjuicios que se le hubieren causado por los defectos o faltas.

El vendedor podrá evitar esta reclamación exigiendo, en el acto de la entrega, que se haga el reconocimiento, en cuanto a cantidad y calidad, a contento del comprador».

En este precepto se llega a identificar la prestación viciosa con la prestación diversa ya que se tratan, de forma unitaria, los defectos de cantidad y calidad.

La denuncia debe hacerse en el momento de la entrega si se examina la mercancía. Este examen puede ser voluntario u obligatorio si lo exige el vendedor (art. 336, 1 y 4). En idéntico sentido el art. 353 Ccom. Nicaragüense. Si no las examina, y las mercancías están embaladas o enfardadas, el plazo es de 4 días (art. 336, 2) en el Derecho español y de cinco días en el Derecho nicaragüense (art. 357).

2. Vicios internos. Regulados en el art. 342 del Ccom español se trata de aquellos que no pueden deducirse de un simple examen por eso la ley otorga el plazo de treinta días. El art. 357 Ccom nicaragüense es semejante.

Ambos plazos son de caducidad y pueden modificarse por la voluntad de las partes.

Forma de la denuncia:

En el Derecho español se prevé el reconocimiento pericial regulado en el art. 2127 LEC de 1881 dentro de los procedimientos de jurisdicción voluntaria³⁰, aunque está admitida jurisprudencialmente cualquier forma de reclamación³¹. El art. 357 del Ccom nicaragüense exige que la reclamación se haga por escrito, haciendo constar las faltas o vicios (art. 358). El art. 359 determina la forma, que debe ser ante notario o autoridad local y dos testigos.

Efectos de la denuncia:

El comprador conserva las acciones contra el vendedor. ¿De qué acciones se trata?

-Por vicios aparentes (art. 336.3), acción de resolución del contrato o su cumplimiento y en todo caso la indemnización de los daños y perjuicios.

-Por vicios ocultos el art. 342 no dice nada. Hay dos vías: aplicar el art. 336 o aplicar el régimen de la compraventa civil (art 1486 y ss del Cc).

La doctrina está dividida. Algunos autores consideran que en todo caso se debe acudir al art. 336³², sin embargo, en el momento presente, es mayoritaria la postura de los que estiman que es preferible acudir al régimen del Cc siendo posible el ejercicio de la acción redhibitoria, desistir del contrato, o de la acción *quanti minoris*, pedir una rebaja en el precio, ya que el art. 336 está pensando en la resolución por incumplimiento del art. 1124 del Cc mientras que el art. 342 se refiere a los vicios internos³³.

El plazo para el ejercicio de las acciones judiciales será de seis meses según el art. 1490 Cc, siendo este plazo de prescripción.

30 Procedimientos que siguen rigiéndose por la LEC de 1881, puesto que la nueva Ley de enjuiciamiento civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) determinó la continuación de su vigencia en la Disposición derogatoria única.

31 STS 9 de mayo 1948, 2 diciembre 1954.

32 GARRIGUES, J. *Curso de derecho mercantil*, cit. p. 81-82.

33 SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil* Tomo II, 25ª ed., 2003, p. 204-205. URÍA, op. Cit., p. 678. Posición seguida por la jurisprudencia en sentencias como la 9 de noviembre de 1990, R. 8536, 20 de noviembre de 1991, R. 8469,, 7 de junio de 1996, R.4825, 19 de febrero de 2000, R. 1296.

5.3 Obligaciones del vendedor fuera del Ccom: la obligación de garantía en bienes duraderos

El fundamento de esta nueva obligación no prevista en los Códigos civil ni de comercio se encuentra en la necesidad de los empresarios de aumentar su clientela en la contratación en masa o en serie. El objeto de la compraventa son las máquinas que precisan de mecanismos de funcionamiento duraderos. La responsabilidad por vicios se amplía con relación a lo establecido en el Código de comercio. El garante no tiene por qué ser el vendedor y se atribuyen más acciones que las examinadas para la responsabilidad por vicios.

En el Derecho español se reconoce por primera vez en la LGDCU de 1984³⁴ (art. 11. p.2) ahora bien, con un ámbito limitado: sólo si el adquirente de un bien duradero es un consumidor, no otro empresario. En el Derecho nicaragüense se recoge en el Reglamento a la Ley n° 182 «ley de defensa de los consumidores Decreto A. N. De 14 de junio de 1999 cuyos art. 70 a 84 tienen una regulación amplia de la garantía para los bienes de consumo. En este Reglamento que, pese a su ámbito de aplicación determinado en función de la condición de consumidor, se puede distinguir entre una garantía de eficiencia en la ejecución y realización de los servicios que puede ser aplicable si éstos son contratados por un empresario (art. 70) y una garantía de funcionamiento en caso de ventas de bienes muebles nuevos o usados, destinados para el uso personal o del hogar, que será aplicable, exclusivamente, si el comprador tiene la condición de consumidor.

En cuanto a su naturaleza la garantía de buen funcionamiento implica una obligación de resultado durante un cierto tiempo, de tal manera que se responde aún sin culpa. En el Derecho nicaragüense se concibe como una responsabilidad por defecto del producto o por culpa (art. 72).

Respecto a los requisitos que tiene que tener la garantía los enumera el art. 11. 2 de la LGDCU española exigiéndose:

«En relación con los bienes de naturaleza duradera, el productor o suministrador deberá entregar una garantía que, formalizada por escrito, expresará necesariamente:

- a) el objeto sobre el que recaiga la garantía.
- b) el garante

34 El primer texto legal que reconoce la obligación de garantía es el CC italiano de 1942 en su art. 1512.

- c) el titular de la garantía
- d) los derechos del titular de la garantía
- e) el plazo de duración de la garantía».

Precepto que tiene su equivalente, aunque más detallado en el art. 77 del Reglamento nicaragüense (véase).

En estos casos el comprador puede ejercitar una serie de acciones que, en el Derecho español, tienen carácter subsidiario puesto que se ejercitarán sucesivamente, primero la reparación de los vicios o defectos más los daños y perjuicios, después si ésta no es satisfactoria o no sirve para el uso, la sustitución del objeto o, con carácter alternativo, la devolución del precio. En este sentido el art. 11. 3 de la LGDCU indica:

«Durante el periodo de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá derecho , como mínimo a :

- a) la reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados.
- b) En los supuestos en que la reparación efectuada no fuera satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado».

Sin embargo en el Derecho nicaragüense hay que entenderlas como alternativas, la reparación o sustitución, y, subsidiariamente, la devolución de las sumas pagadas (art. 72) Este precepto tiene una aparente contradicción con el art 78 del Reglamento nicaragüense en el que se determina más exactamente que procederá, en primer lugar, la reparación o su reemplazo, dentro de los treinta días siguientes a que se presente la respectiva reclamación y, subsidiariamente, si la reparación no es posible, nuevamente se establece, como alternativa que el proveedor reemplace el bien o devuelva las sumas pagadas..

En el Derecho español se le reconoce al consumidor el derecho a un adecuado servicio técnico (Art. 11.5 de la LGDCU)

La LOCM completó la regulación de la LGDCU estableciendo como plazo mínimo de garantía el de seis meses lo que viene a coincidir con el art. 1490 Cc y la necesidad de garantizar un adecuado servicio técnico y de piezas de repuesto durante 5 años. También se establece el plazo de prescripción de la acción de recuperación de los bienes entregados para la reparación en tres años desde la

entrega. En el Derecho nicaragüense el periodo no está claramente determinado ya que está condicionado por la «práctica del mercado» lo cual puede ser más inseguro y perjudicial para el consumidor, aunque después se establece un plazo mínimo, aunque tampoco fijado, que será la que el proveedor o intermediario reciba del fabricante.

Por lo que se refiere al Derecho Nicaragüense me parece interesante resaltar el art. 75, que no tiene parigual en el Derecho español, por el que se prevé que los intermediarios en la cadena de comercialización deberán responder de la garantía a su respectivo cliente. Por su parte, al proveedor al que el consumidor se hubiera dirigido para exigir la garantía se le reconoce un derecho de preferencia frente a su intermediario con el que hubiere contratado o frente al fabricante, sin perjuicio de que el consumidor pueda dirigirse directamente contra cualquiera de ellos. Este efecto se ha previsto, aunque no exactamente con el mismo sistema de responsabilidad en cadena, en el Derecho español más reciente. La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y la garantía de los bienes de consumo cuya fecha de transposición era 1 de enero de 2002 ha influido en este sentido. En virtud de dicha directiva se pretende dar a los consumidores una garantía legal de dos años sobre los bienes de consumo adquiridos en el territorio de la Unión Europea, aplicable a todo bien de consumo defectuoso y se establece la responsabilidad del vendedor de todo defecto de conformidad que presente el bien en el momento de la entrega al comprador. La directiva reconoce al comprador el derecho de reparación o sustitución y el consumidor podrá exigir también una reducción del precio o incluso la resolución del contrato. Esto hizo que se tenga que modificar el régimen del derecho español. Modificación que se ha llevado a cabo, de forma parcial, por la ley 47/2002 de 19 de diciembre que da una nueva redacción al art. 12 de la LOCM estableciendo la responsabilidad del vendedor, permitiendo que la garantía sea del que la ofrezca (vendedor o fabricante), dicha garantía se integra en la publicidad de los productos. Es posible un garantía adicional del vendedor. Lo que no se ha introducido es la ampliación del plazo a dos años. El legislador ha sido consciente de ello ya que la exposición de motivos prevé que falta la implantación definitiva.³⁵

En el Derecho nicaragüense se establece un sistema especial para los vehículos de motor (art. 79). Por último me interesa destacar que resulta curioso que, tratándose de compraventas con consumidores y, por ende, civiles el art. 80 a la

35 Con fecha 11 de julio de 2003 se ha publicado en el BOE la LEY 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, cuya entrada en vigor está prevista a los dos meses de su publicación. En esta ley se prevé la ampliación del plazo a dos años (art. 9) tal como exigía la Directiva.

hora de referirse a los vicios o defectos ocultos se remita al régimen del código de comercio, siendo que la reventa, tal como hemos comentado anteriormente, hay que reputarla civil y no mercantil.

6 Obligaciones del comprador

Con carácter general y tanto en las compraventas civiles como en las mercantiles el comprador tiene dos obligaciones: el pago del precio y la recepción de la mercancía.

6.1 El pago del precio

Regulación prevista en el art. 339 del Ccom español y en el art. 360 Ccom nicaragüense. El art. 339 establece:

“Puestas las mercaderías vendidas a disposición del comprador , y dándose éste por satisfecho, o depositándose aquéllas judicialmente, en el caso previsto en el art. 332, empezará para el comprador la obligación de pagar el precio al contado o en los plazos convenidos con el vendedor.

Este se constituirá depositario de los efectos vendidos, y quedará obligado a su custodia y conservación según las leyes del depósito”.

El precio puede ser al contado o a plazos. En la práctica lo usual es que se pacte el lugar, el momento y la forma de pago. Si no se pacta nada será de aplicación el art. 1500 del CC y el momento y el lugar será el que se haga la entrega de la cosa. Debe tenerse en cuenta el art. 17 de la LOCM en virtud del cual si se demora en el pago más de 60 días el pago debe instrumentarse en documento que lleve aparejada ejecución. Por su parte, el Derecho nicaragüense prevé en el art. 362 Ccom el derecho del comprador a exigir la factura y pasados 10 días desde la entrega se presumen cuentas liquidadas.

En cuanto a los gastos originados hasta que las mercancías son puestas a disposición del comprador son a cargo del vendedor, pero los de retiro y extracción fuera del lugar de la entrega corren por cuenta del comprador (art. 338 Ccom español). Por ejemplo., todo el traslado dentro de la fabrica del vendedor lo realizará a su costa el vendedor, pero si la entrega se verifica en la fabrica de éste desde ese momento la recogida, el transporte hasta el establecimiento del comprador correrá de cuenta del comprador.

Si el comprador no cumple, incurre en mora. En este sentido el art. 341 del Ccom español establece:

«La demora en el pago del precio de la cosa comprada constituirá al comprador en la obligación de pagar el interés legal de la cantidad que adeude al vendedor.

El interés legal del dinero, en la actualidad, está fijado en el diez por cien»

Pese a la dicción del Código, el interés legal será el previsto en el art. 17.5 de la LOCM³⁶.

El Ccom español reconoce un derecho de preferencia del vendedor mientras los géneros vendidos se encuentren en su poder para obtener el precio y los intereses de demora frente a cualquier otro acreedor (art. 340 del Ccom). El art. 351 del Cod. nicaragüense prevé la posibilidad de retención hasta el pago entero del precio pero no se reconoce el carácter privilegiado del crédito.

6.2 La recepción de la mercancía

El comprador está obligado a recibir la mercancía en el lugar y el momento adecuado para que llegue a buen fin la compraventa, dando recibo o firmando el albarán de entrega o contratando y comunicando los medios de transporte. Pero esta obligación no es incondicional, ya que puede negarse a recibirlas o rehusarlas, por ejemplo, según el art. 330 en caso de entrega parcial.

Pero si se niega o rehusa sin justa causa el vendedor puede depositarlas judicialmente o pedir la resolución del contrato más los daños y perjuicios en ambos casos (art. 332).

7 La transmisión de la propiedad y los riesgos

En el Derecho español el contrato de compraventa sólo transmite la propiedad si va acompañada de la *traditio* (art. 609 CC³⁷).

36 Este precepto se ha modificado por la Ley 47/2002 de 19 de diciembre por la que se llevó a cabo la trasposición al Derecho interno de la Directiva 2000/35/CE del PE y del Consejo de 29 de junio de 2000 por la que se establecen medidas para luchar contra la morosidad en las operaciones comerciales. La norma comunitaria está pensada para las operaciones comerciales en general y no solamente para la compraventa. Se entiende por morosidad el incumplimiento de los plazos contractuales o legales. Los mecanismos de solución que prevé son: los intereses de demora (lo fijará el Banco Central Europeo más 7 puntos porcentuales); la reserva de dominio (art. 4) y la consideración de título ejecutivo en el plazo de 90 días a partir de la presentación de la demanda ante el tribunal competente si no ha habido impugnación de la deuda o cuestiones de procedimiento. Siguiendo los criterios de la Directiva, el art. 17.5 de la LOCM determina que el interés de demora será el que fije el BCE más 7 puntos porcentuales o el interés legal del dinero incrementado en un cincuenta por ciento. La Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2003 (BOE. núm. 313, de 31 de diciembre de 2002) en su disposición adicional sexta fija el interés legal del dinero en el 4,25 % hasta el 31 de diciembre del año 2003.

37 En virtud de este precepto «la propiedad...se adquiere y transmite...por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición».

En cuanto a la transmisión de riesgos hay que partir de que, en la venta de cosa específica o cosa genérica ya individualizada, las mercancías están sometidas al riesgo de sufrir deterioros o pérdidas sin que sean culpa de ninguna de las partes. La venta se acuerda el día 1 pero la entrega se efectuará el día 3 y los bienes que se pierden en el almacén del vendedor a consecuencia de la inundación del mismo por el desbordamiento de un río. Esta situación se puede producir por la separación entre el momento de la perfección del contrato y el de la entrega. La cuestión es determinar cuál de las partes ha de cubrir el perjuicio: el vendedor, entregando otra cosa si es genérica, o el comprador, pagando el precio aunque no la reciba o la reciba deteriorada.

Mientras el CC mantiene el criterio romanista de que perfecto el contrato el riesgo es del comprador³⁸, el Ccom consagra el criterio de que los riesgos sólo pasan al comprador desde la entrega o la puesta a disposición, de acuerdo con la tradición germánica según los art. 331-333. El art. 331 establece:

«la pérdida o deterioro de los efectos antes de su entrega, por accidente imprevisto o sin culpa del vendedor, dará derecho al comprador para rescindir el contrato, a no ser que el vendedor se hubiere constituido en depositario de las mercaderías con arreglo al art. 339, en cuyo caso se limitará su obligación a la que nazca del depósito»

Por el contrario el art. 333 determina:

«Los daños y menoscabos que sobrevinieren a las mercaderías, perfecto el contrato y teniendo el vendedor los efectos a disposición del comprador en el lugar y tiempo convenidos, serán de cuenta del comprador, excepto en los casos de dolo o negligencia del vendedor»

Por tanto el problema es determinar qué se entiende por puesta a disposición.

38 El Cc se basa en los art. 1452, 3, 1182, 1095 y 1096 así como el art. 1122, 3. Por medio de una interpretación lógica y sistemática de estos preceptos se indica que el deudor de cosa específica queda exonerado de responsabilidad por su entrega si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1182 CC). La consecuencia es que el vendedor puede exigir el precio y esto se deduce de estos preceptos a sensu contrario

Según el art. 1095 p. 3 desde el momento del nacimiento de la obligación de entrega surge el derecho del acreedor de la cosa (el comprador) a los frutos y de las indemnizaciones a que pudieran dar lugar los actos dañosos. Si el comprador está a las maduras debe estar también a las duras. Lo mismo se desprende del art. 1452, 3 una vez hecha la especificación y antes de realizarse la entrega de la cosa especificada el riesgo pasaría al comprador. Esta interpretación es acorde con el derecho histórico (proyecto de CC de García Goyena) y así se ha aplicado por parte de la jurisprudencia.

MENÉNDEZ³⁹ considera que la puesta a disposición equivale a la perfección en el sentido del Derecho romano por lo que ambos códigos establecen el mismo criterio.

GARRIGUES⁴⁰ entiende que no hay oposición entre ambos ya que la entrega (art. 331) es la puesta a disposición (art. 333)

URIA⁴¹ estima que el principio general es el contenido en el art. 331 por tanto el momento de la entrega, mientras que el art. 333 es la excepción, y sólo cabe en los casos de rehusa en la recepción o demora.

Este tema tiene más relevancia teórica que práctica sobre todo por la presencia de los pactos entre las partes. La entrega es la determinante de la transmisión del riesgo (art. 331.) y el art. 333 ha sido interpretado por el TS en el sentido de que la transmisión mediante la puesta a disposición es una forma de entrega ficticia.

En el art. 334 se establecen una serie de supuestos especiales en caso de ventas de cosas genéricas no especificadas con una solución coincidente con el art. 1452, 3 del Cc: el riesgo sólo pasa después de la especificación. Según este precepto los riesgos corren a cargo del vendedor en tres casos:

1. Si la venta se hubiera hecho por número peso y medida o la cosa vendida no fuera cierta o determinada con marcas y señales que la identifiquen. *Genus nuncam perit*, hasta que se haga la concentración.
2. Si por pacto expreso o uso de comercio, atendida la naturaleza de la cosa vendida, tuviere el comprador la facultad de reconocerla y examinarla previamente. Este supuesto hay que relacionarlo con el art. 328 de la venta en calidad de ensayo o prueba en virtud del cual el contrato no es todavía perfecto.
3. Si el contrato tuviere la condición de no hacerse la entrega hasta que la cosa vendida adquiriera determinadas condiciones. Se trata de una venta con entrega condicionalmente suspensiva.

En el Derecho nicaragüense los art. 355 y 356 establecen los criterios para determinar la entrega. En el art. 355 la entrega de la cosa vendida se entiende verificada:

39 «La transferencia de la propiedad y el riesgo en la compraventa mercantil» RDM 1951, p. 227 y ss.

40 Op. Cit. p.84.

41 Op. Cit. p. 681.

1. Por la transmisión del conocimiento, carta de envío y factura en los casos de ventas de mercaderías que vienen en tránsito por mar y tierra.
2. Por el hecho de fijar su marca el comprador, con consentimiento del vendedor, en las mercaderías compradas.
3. Por cualquier otro medio autorizado por la costumbre mercantil.

El art. 356 parece referirse a los riesgos aunque no los denomine así “si después de perfeccionada la venta el vendedor consume, altera o enajena a otros las mercaderías vendidas, deberá entregar al comprador otras equivalentes en especie, calidad o cantidad, o en su defecto, abonarle su valor a juicio de peritos con indemnización de perjuicios”. La cuestión es determinar si este precepto es aplicable en todo caso, y entonces estarían incluidos los riesgos, o es sólo por actuación dolosa o culpable del vendedor. De la dicción del precepto parece indicarse esto último con lo cual el problema es cómo se resuelve en su derecho el tema de los riesgos. Ante la ausencia de normas específicas mercantiles será acudiendo al Cc.

8 Incumplimientos de las obligaciones de las partes

8.1 Incumplimiento del vendedor

La fundamental es el incumplimiento de la obligación de entrega. Esta a su vez se desdobra en:

- a. Ausencia de entrega. (art. 1124 Cc y 336 del Ccom). Puede exigir el comprador el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato más la indemnización de los daños y perjuicios. El plazo de prescripción es de 15 años en virtud de la regla general contenida en el art. 1964 Cc.
- b. Retraso en la entrega (art. 329) equivale al incumplimiento. Hay que ponerlo en relación con el art. 63 Ccom y con la rapidez y seguridad del tráfico mercantil. Las acciones son las mismas.
- c. Entrega de cosa distinta. *aliud pro alio*. No está específicamente regulada en Ccom pero hay que reconducirla al 336.
- d. Entrega de la cosa o las mercancías con defectos de calidad o cantidad (art. 336, 1 y 2).
- e. Incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la modalidad de entrega: requisitos del embalaje, contratación del transporte o del seguro, regularidad en los títulos de tradición. También podrían reconducirse al art. 336 en cuanto que son vicios o defectos de calidad externos o incumplimiento contractual.

En caso de ausencia de cumplimiento voluntario el comprador puede:

1. Pedir el cumplimiento *in natura*, solicitando la condena judicial a la entrega de la cosa pactada o la sustitución por otra si es posible en el caso de compraventa de cosas genéricas.
2. Pedir el cumplimiento por equivalente, solicitando la condena judicial al pago de una cantidad de dinero equivalente.
3. Pedir la reparación de la cosa a cargo del vendedor.
4. La ejecución unilateral del contrato mediante una compraventa de reemplazo o venta de sustitución (si es el comprador el incumplidor). Aunque no esté admitida en el Derecho español con carácter general, se estima lícito que el comprador de buena fe compre a un tercero mercancía de igual calidad y cantidad que la que le debía haber sido entregada a precio de mercado. El comprador ha de notificárselo rápidamente al vendedor que incumplió para que éste no cumpla tardíamente enviando la mercancía, y el comprador puede reclamarle la diferencia del precio superior que haya tenido que pagar. Por medio de esta compra de reemplazo se obtiene una rápida protección de los intereses del comprador y se hace el cálculo de los daños y perjuicios sufridos en la diferencia del precio pactado y el que se ha tenido que abonar en la compra de reemplazo.

En todo caso habiendo mediado un incumplimiento se tiene derecho a la indemnización de los daños y perjuicios, que en algunos ordenamientos, como el alemán que permiten la compra de reemplazo, se fija en esa diferencia. En el Derecho español es posible acudir a dos vías:

- A. Aplicar el CC (art. 1106 y 1107) con lo que se tiene que probar la existencia del daño y su cuantía.
- B. Fijar la indemnización por la diferencia entre el precio pactado y el precio de mercado en el momento en que debió entregarse la mercancía, en virtud del art. 329 en relación con los art. 363 y 371 relativos al contrato de transporte. Esta última postura parece consolidada por la jurisprudencia⁴².

-Referencia a la responsabilidad del fabricante

Este es un tema conectado con la compraventa pero supera la responsabilidad del vendedor por incumplimiento. Entra dentro de la legislación sobre consumidores pero excede de ella.

42 STS 27 marzo 1974; 30 de enero de 1976; 31 de marzo de 1977; 26 de enero de 1978; 29 de febrero de 1978.

El supuesto de hecho sería el de un fabricante , por ejemplo, de refrescos que precisa contar con el fabricante del envase que, tras el proceso de producción, pone en el mercado un producto que pasa al sistema de distribución para llegar, finalmente, al consumidor como destinatario final. Existe toda una cadena de personas que intervienen en la puesta en el mercado de dicho producto.

En el Derecho comparado este problema se plantea por primera vez en el Derecho inglés a partir de mediados del siglo XIX y por vía jurisprudencial (propia del derecho anglosajón). Es un fenómeno conectado con la revolución industrial. Cabe establecer tres etapas en la evolución de este Derecho.

1ª El fabricante sólo responde frente al adquirente inmediato no frente al tercero. Por un deseo de proteger la actividad industrial ya que sería una carga demasiado pesada el responder frente a todo usuario.

2ª Se distingue entre los objetos peligrosos en sí y los objetos que pueden ser peligrosos por haber sido fabricados de forma inadecuada. A partir de 1851 se reconoce esta distinción y los primeros dan lugar a responsabilidad extracontractual mientras que los segundos no.

3ª En 1932 esta situación cambia con motivo de un caso el *DONOGHUE v. STEVENSON* en el que se proclama el principio de que el fabricante responde frente al consumidor aunque sólo se por el hecho de que el primero ha manipulado los artículos que pueden llegar a manos de otro y causarle un daño si son defectuosos. El caso era el fabricante de *Ginger Ale* que fue condenado a indemnizar a la actora que había adquirido el producto por medio de un amigo en un café. La actora se había encontrado restos de un caracol en la botella que era opaca y sufre un *schok* psicossomático. La Cámara de lo Lores se pronuncia enunciando un principio revolucionario: cuando un fabricante pone en el mercado productos confeccionados de tal modo que llegan al consumidor sin posibilidad de controles intermedios responderá de los daños imputables a su culpa frente al público. (no importa que la cosa sea peligrosa en sí o esté defectuosamente fabricada). Se establece a cargo del fabricante un deber de diligencia en el proceso de producción de manera que un producto no puede comprometer la integridad de la persona o los bienes del consumidor. Por tanto se plantea la necesidad de que el producto sea seguro⁴³

En el Derecho español, inicialmente, para la solución de este tipo de problemas hay cuatro vías:

43 ROJO, A. *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia 1974, p.50 y ss.

1ª Acudir a la responsabilidad contractual pero esta tiene como inconveniente que el consumidor sólo se puede dirigir frente al vendedor y por los vicios en la compraventa con plazos breves y sin incluir a terceros.

2ª La de la responsabilidad extra-contractual del art. 1902 del CC. El problema es de prueba ya que es preciso probar la culpa.

3ª Acudir a la LGDCU (art. 25 a 31) en la que se estableció un régimen de responsabilidad por daños en el consumo y utilización de productos.

4ª La actualmente en vigor, que es la defensa específica en caso de daños producidos por productos defectuosos, por la Ley 22/1994 de 6 de julio.

Centrándonos en los dos últimos lo comentaremos brevemente.

La LGDCU de 19 de julio de 1984 en su capítulo VIII estableció un complicado sistema de responsabilidad por daños en el consumo. Básicamente eran dos sistemas:

-Un sistema general del art. 26 en el que se establece la responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba.

-Un sistema especial para determinados productos del art. 28 en el que se prevé la responsabilidad objetiva en los casos de especial peligrosidad.

En este tema también influye el Derecho comunitario. A partir de los años setenta (resolución de 14 de abril de 1975) se inicia el programa preliminar de política de consumidores, al cual le suceden otros con los que se pretende impulsar la elevación del nivel de vida de los ciudadanos. En esta línea se elabora la Directiva 85/374 de 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad del fabricante por razón de productos defectuosos integrada por 22 artículos. Fruto de la adaptación del Derecho español a esta directiva es la Ley 22/1994 de 6 de julio sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. Como características esenciales del Derecho comunitario, que han sido acogidas por la Ley de 1994 y que implican una novedad frente al sistema contenido en la LGDCU, debemos indicar:

-Es más restringida la responsabilidad que la que se reconocía en la LGDCU ya que sólo responde el fabricante, salvo si al distribuidor le es imposible identificarlo y en los casos de importación (art. 4), frente al art. 26 de la LGDCU que prevé la responsabilidad de los que "producen, importan, suministran o facilitan".

-En segundo lugar, el concepto de producto también es más concreto que el establecido en la LGDCU. El art. 2 se refiere a los bienes muebles, no pueden ser los inmuebles ni los servicios. Asimismo el gas y la electricidad.

Por el contrario es más amplio el concepto de perjudicado; no solamente los consumidores sino cualquier dañado por un producto defectuoso. El art. 5 utiliza el término "perjudicado" aunque, si lo podemos en relación con el art. 10. 1, tiene que dedicarse la cosa al uso y consumo privado.

El sistema de responsabilidad que se establece es un régimen de responsabilidad objetiva aunque no absoluta. Según art. 5 de la Ley de 1994 el demandante debe probar el defecto, el daño y la relación de causalidad. El fabricante puede exonerarse de responsabilidad probando alguna de las causas de exoneración previstas en el art. 6. Causas de exoneración que son taxativas. De entre ellas hay que destacar la denominada "riesgos del desarrollo" prevista en la letra e aunque se excepcionan de los mismos los fabricantes de medicamentos y alimentos por su especial peligrosidad. La responsabilidad no se quiebra aunque haya intervenido un tercero en la causación de los hechos (no se rompe el nexo causal), aunque, según el art. 8, se podrá repetir contra éste el pago de la indemnización. La culpa de la víctima es causa de exoneración o disminución (compensación de culpas) de la responsabilidad (art. 9). La directiva permitía como causa de exoneración la conducta irreprochable del fabricante, lo cual no ha sido recogido en la Ley española en la que se establece una responsabilidad más estricta.

Como colofón de este sistema de responsabilidad se prevé una limitación cuantitativa de la responsabilidad en 10.500 millones de pesetas. y una cobertura mediante un seguro obligatorio.

También se prevé la prescripción de acciones en tres años. (art. 12). Con esto se soluciona la incertidumbre que se había planteado en la LGDCU que había que acudir al régimen general del Cc art. 1968 (1 año) o art. 1964 (15 años). La responsabilidad se extingue una vez transcurridos diez años desde que el producto fue puesto en circulación (Art. 13&&&).

La Dis. Final 1ª de la LRPD establece que este es el régimen aplicable a los productos defectuosos derogándose el sistema de la LGDCU.

8.2 Incumplimiento del comprador

A. Incumplimiento de la obligación de pagar el precio. Si el comprador no paga el precio en el momento debido se constituye en mora y está obligado a pagar los intereses de la cantidad que adeuda al vendedor. Art. 341 interés pactado si mediare pacto o interés legal.

Si no se ha pactado plazo para el pago, el vendedor no está obligado a la entrega de la cosa si no recibe su importe (Art. 1466 Cc).

El vendedor goza de un derecho real sobre la mercancía vendida que se encuentra en su poder, aunque sea en calidad de depósito, que le consiente enajenarla a un tercero para obtener el pago del precio con los intereses de demora art. 340 se reconoce un derecho de preferencia o suerte de prenda legal.

B. Incumplimiento de la obligación de recibir las mercancías. Según el art. 332 se produce en dos supuestos:

- Cuando rehusa sin justa causa a recibirlas
- Cuando se demora en hacerse cargo de ellas.

El vendedor tiene la opción de elegir entre el cumplimiento del contrato o su resolución. En el primer caso podrá solicitar el depósito judicial o constituirse él mismo en depositario art.332 y 339.

