



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2013-2014

LAS GARANTÍAS EN LA COMPRAVENTA MERCANTIL Y DE CONSUMO

THE GUARANTEES ON THE COMMERCIAL AND CONSUMER SALES

Aldara Ares Mallo

Prof. Dr. D. Jorge Luis Tomillo Urbina

ÍNDICE

1. Introducción.....	3
2. El contrato de compraventa.....	4
2.1. Elementos personales	4
2.2 Elementos materiales o reales	5
3. El contrato mercantil de compraventa	7
3.1. Problema de la mercantilidad en la reventa.....	9
3.2. Las obligaciones del comprador.....	10
3.2.1. <i>El pago del precio</i>	10
3.2.2. <i>Recepción de la cosa vendida</i>	10
3.3. Las obligaciones del vendedor.....	11
3.3.1. <i>Obligación de entrega</i>	11
3.3.2. <i>Obligación de garantía: evicción y saneamiento por vicios ocultos</i>	14
3.3.2.1. <i>Obligación de garantía por evicción</i>	15
3.3.2.2. <i>Obligación de garantía por saneamiento</i>	16
<u>A) Vicios manifiestos</u>	17
<u>A.1) Vicios de cantidad</u>	19
<u>A.2) Vicios de calidad</u>	19
<u>B) Vicios ocultos</u>	19
3.3.3. <i>Prestación de cosa diversa o aliud pro alio</i>	22
3.4. La transmisión de la propiedad y de los riesgos.....	27
4. Los contratos celebrados con consumidores.....	27
4.1. El derecho de información precontractual.....	28
4.2. Condiciones generales y cláusulas abusivas.....	29
4.2.1. <i>Acciones individuales</i>	30
4.2.2. <i>Acciones colectivas</i>	31
4.3. Derecho de desistimiento del consumidor.....	31
4.4. Derecho a la indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos.....	32
4.4.1. <i>Régimen de responsabilidad en el Código Civil</i>	33
4.4.2. <i>Régimen de responsabilidad en la TRDCU</i>	34
4.4.3. <i>La conformidad del consumidor como garantía contractual</i>	37
4.4.3.1. <i>Acciones de reparación y sustitución del producto</i>	40
4.4.3.2. <i>Acciones de resolución y de rebaja del precio</i>	41
4.4.4. <i>Responsabilidad en los viajes combinados</i>	43

4.5. Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.....	44
4.5.1. <i>Contratos celebrados a distancia</i>	47
5. Conclusiones.....	48
Conclusión I).....	48
Conclusión II).....	48
Conclusión III).....	49
Conclusión IV).....	50
Conclusión V).....	51
Conclusión VI).....	51
Conclusión VII).....	52
Conclusión VIII).....	52
Conclusión IX).....	53
Conclusión X).....	53
Conclusión XI).....	54
Bibliografía.....	56

1. INTRODUCCIÓN:

En el presente trabajo, a pesar de que se va a examinar la figura contractual de compraventa, ya sea de tipología mercantil o de derecho del consumo; se va a tratar, fundamentalmente, la obligación de garantía que el empresario vendedor debe prestar para así dar cumplimiento al acuerdo pactado.

Este deber de garantía surgió con el propósito de asegurar a comprador que los fines para los cuales prestó su consentimiento a la formación del contrato acababan cumpliéndose en el plazo pactado; o que en su defecto, al menos vería indemnizados los daños y perjuicios que el incumplimiento hubiera podido llegar a provocarle.

A lo largo del tiempo y de forma conjunta con la mayoría del ordenamiento español, la obligación de garantía ha ido evolucionando de forma sustancial, hasta el punto de que hoy en día en el ámbito del consumo dicha garantía será de aplicación desde el momento en el que el consumidor no se encuentre conforme con los bienes entregados. Por otra parte, además de esta garantía legal que debe prestar el empresario vendedor; nos encontramos con una garantía convencional cuyo propósito no es otro que mejorar la legalmente establecida, teniendo aquélla el carácter de voluntaria.

Esta garantía convencional o comercial deberá poner al consumidor o usuario en una posición más ventajosa, superando con ello los derechos concedidos por la Ley, los cuales se entienden como un mínimo exigible; estableciéndose por ello como un grado superior de seguridad para el comprador. Es el art. 125.3 TRGDCU¹ el que establece por su parte que la acción para dar cumplimiento a lo establecido en esta garantía comercial tendrá un plazo de prescripción de 6 meses a partir del momento en que finalice el plazo de dicha garantía. Además de estas garantías, entendiendo por tales tanto la garantía legal como la comercial, cuya aplicación se destina de forma fundamental al ámbito del derecho del consumo; podemos observar, así mismo, la obligación de garantía que se encuentra presente en el derecho mercantil.

Esta obligación de garantía puede bifurcarse en dos tipos: garantía por evicción y garantía por saneamiento de vicios ocultos. A pesar de su vigencia, cabe decir que en la actualidad es escaso el uso que se le da tanto a una como a otra, aunque este hecho es más presente en el caso de la garantía por evicción. Dicha obligación supondría la reparación que el vendedor debe dar a los daños que sufra el comprador debido a la imposibilidad de disfrutar pacíficamente del bien objeto del contrato, por motivo de una resolución judicial fundada en un derecho anterior al suyo. Es decir, este caso supone que el bien no era de propiedad del vendedor y por ello el comprador no puede disfrutar del mismo a razón de las acciones que asisten al legítimo propietario. Pues bien, como ya se trataba con anterioridad, esta obligación se encuentra en decadencia debido a la aplicación práctica del art. 85 del Código de Comercio, el cual supone la prescripción automática a favor del comprador en aquellos casos en el que los bienes se hubieran adquirido en un establecimiento abierto al público.

Esto supondría la imposibilidad del legítimo dueño de actuar de forma alguna contra el comprador, lo cual provoca que la garantía por evicción tuviese nula aplicación en nuestro día a día; además de tratarse de un hecho que lo que pretende es la continuación normal del devenir del tráfico mercantil. Por su parte, la garantía por saneamiento se ve un tanto oscurecida por el derecho que asiste al vendedor a pedir al comprador el examen de las mercancías entregadas, a pesar de lo cual sí sigue teniendo aplicación práctica en nuestro ordenamiento.

¹ Se trata del *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*; el cual se constituye como la norma básica de los actos de consumo.

Así pues, y dado que la compraventa en el derecho mercantil se reduce a las relaciones que existen entre empresarios; las garantías que debe prestar el vendedor se encuentran en notable desuso, dando con ello paso al alzamiento de las garantías que asisten a los consumidores en aquellos supuestos de relaciones contractuales (compraventa fundamentalmente) que se caracterizan por una verticalidad en las posiciones, siendo la parte más fuerte el empresario, en contraparte al particular o consumidor, el cual debe verse apoyado por un ordenamiento jurídico que le asista y permita que su consentimiento se preste de la forma más libre posible.

2. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA:

En el presente trabajo, como ya se ha dicho, se pretende tratar todo lo relativo tanto a la protección de los consumidores, como a las obligaciones de garantía en la compraventa mercantil, obligaciones a las que debe dar cumplimiento el vendedor por motivo de aquellos daños causados al comprador; ya sea por la privación de uso del objeto a la que se ve obligado por motivo de un derecho anterior; o por los vicios que puedan presentar las mercancías y que las hacen inútiles para el uso a las que el comprador iba a destinarlas.

Para ello no obstante, debemos tratar en un primer momento lo que se entiende por contrato de compraventa y la función e importancia que ha adquirido en nuestro ordenamiento; para luego llegar a distinguir entre lo que sería una compraventa civil de la mercantil, siendo esta última la que mayor importancia adquiere en el presente caso. Definiendo pues, lo que sería un contrato de compraventa, debemos atender a lo dispuesto en el derecho común, esto es, lo regulado en el Código Civil.

Recogido en los arts. 1445 y ss. del citado texto legal, el contrato de compraventa se constituye como una figura básica del intercambio económico en una economía de carácter dinerario; teniendo especial relevancia dentro de la regulación de los tipos contractuales que se dan en la práctica entre particulares. Se trata, pues, de una figura contractual por la cual el vendedor se obliga a entregar una cosa pactada previamente al comprador; que a su vez se compromete a pagar una suma de dinero o signo que lo represente denominada precio. Debemos distinguir, así mismo, una serie de elementos que tienen cabida en la compraventa, y que se pueden separar en dos categorías:

2.1. ELEMENTOS PERSONALES:

Se constituyen como elementos personales del contrato las figuras del comprador y del vendedor; requiriendo para la celebración del contrato que ambos tengan capacidad para contraer obligaciones. Dicha capacidad, tal y como determina el C.C., se adquiere en el momento en el que la persona de que se trate llega a la mayoría de edad, la cual en nuestro ordenamiento se encuentra establecida en los 18 años.

Sin embargo, debemos tener presente que también pueden contratar los menores de edad, comprendida ésta entre los 16 y los 18 años, en caso de que los menores sean emancipados, ya sea por quien ejerza la patria potestad o por matrimonio. Hay casos en los que no obstante y, aun teniendo capacidad plena para contratar, el C.C. prohíbe a ciertas personas que puedan realizar el contrato; las cuales nos encontramos recogidas en el art. 1459, y que serían:

I.- El tutor o cualquiera que desempeñe un tarto tutelar con respecto a los bienes de la persona o personas que estén bajo su tutela.

II.- Los mandatarios con respecto a los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados.

III.- Los albaceas, en lo relativo a los bienes confiados a su cargo.

IV.- Los empleados públicos, en lo que se refiere a los bienes del Estado, de los municipios de los pueblos y de los establecimientos, también públicos, de cuya administración estuviesen encargados.

V.- Los magistrados, jueces, individuos del Ministerio Fiscal, secretarios de Tribunales y Juzgados y oficiales de justicia, por lo que corresponde a los bienes y derechos que estuviesen en el litigio ante el Tribunal, en cuya jurisdicción o territorio ejercieran sus respectivas funciones, extendiéndose esta prohibición al acto de adquirir por cesión.

Estas prohibiciones lo que pretenden es garantizar que sus actuaciones continúen estando marcadas por el requisito de objetividad, consiguiendo así la preservación de los intereses de sus destinatarios.

2.2. ELEMENTOS MATERIALES O REALES:

Los elementos reales de la compraventa serían la cosa objeto de la misma, que debe entregar el vendedor, y el precio que por ella el comprador está obligado a abonar. Entendemos que dentro del concepto de *cosa* se encuentran comprendidos todos aquellos bienes y derechos que pueden ser objeto de la compraventa; es decir, que no se encuentran *fuera del comercio de los hombres*, como determina el art. 1271 C.C. Para ello, el objeto debe reunir 3 características esenciales:

I.- Ha de ser posible, y estar dentro del comercio. Sin la existencia de la cosa no se puede llegar a concebir la compraventa. Esto explica que la ley establezca que, si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad el objeto de la misma, el contrato quedará sin efectos; mientras que si la pérdida es parcial, será la parte compradora la que decidirá rescindir el contrato o reclamar la parte existente, debiendo abonar el precio que corresponda.

II.- Debe ser un objeto lícito, ya que la ley no puede amparar una transmisión de algo que va en contra de la ley.

III.- Debe ser determinado o determinable. La ley establece que el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. Hay que tener en cuenta que la indeterminación en cuanto a la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de un nuevo convenio entre los contratantes.

En cuanto al precio, se trata simplemente de la cantidad de dinero o signo que lo represente que ambas partes hayan acordado que se constituya como el valor del objeto del contrato. Para considerarse como tal, el precio debe reunir una serie de características, como son:

I.- Que tiene que consistir en dinero o un signo que lo represente, pudiendo fijarse en dinero, cosa o por una parte dinero y por otra parte cosa.

II.- Ha de ser determinable; es decir, el precio ha de estar determinado o ha de poder determinarse sin necesidad de un nuevo contrato, ya que si no es así se incurre en falsedad.

La fijación del precio, en principio, es libre para los contratantes, a menos que exista una disposición que lo regule. Se considera nulo el contrato de compraventa que deje la fijación del precio al arbitrio de una de las partes. Así mismo, se podrá fijar en moneda nacional o extranjera; debiendo en este último caso observarse las disposiciones relativas al régimen de divisas. Por último, hay que tener en cuenta que independientemente de cómo se fije, las partes quedan obligadas a él desde el momento en que se conviene, sin posibilidad de especular posteriormente sobre el mismo. El precio pactado en la compraventa se presume siempre justo, ya que no viene dado por el valor intrínseco de la cosa, o por su valor de uso; sino que viene dado por su valor de mercado, es decir, viene dado por la expectativa de la reventa. Por tanto, aunque el objeto fuera inútil, el precio se entiende siempre justo. Esta formulación del precio en función de su valor de cambio, provoca que en la compraventa mercantil no sea posible la rescisión por lesión, a la hora de la fijación del precio, aunque el mismo pudiera considerarse abusivo.

Tras definir a grandes rasgos lo que se constituiría como un contrato de compraventa, debemos tratar de forma más específica el mismo y observar ahora lo que se consideraría un contrato de compraventa mercantil, y ya no civil. El contrato de compraventa mercantil se encuentra regulado en el Código de Comercio, en sus artículos 325 y ss.; constituyéndose como una compraventa de características especiales, puesto que se define tanto por el destino que tiene, como por el ánimo de lucro que presenta el comprador al momento de celebrar y perfeccionar el contrato.

El Código de Comercio en su artículo 2 establece que *"Los contratos Mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes; se regirán en todo por lo que se encuentre expresamente establecido en este código o en las leyes especiales por las reglas generales del derecho común"*. Por ello, en todo lo relativo al contrato de compraventa mercantil que no encontremos recogido en el mismo Código de Comercio, deberemos acudir a las reglas generales; es decir, deberemos acudir al Código Civil.

Tras esto, debemos tener en cuenta la existencia de una serie de obligaciones tanto para el vendedor como para el comprador, de carácter inexcusable y cuyo cumplimiento supone que el contrato llegue a alcanzar su finalidad prevista. Así, por parte del comprador, nos encontramos con la obligación de pago del precio y de recepción de cosa vendida. Tanto una como otra son importantes para el correcto desarrollo del contrato de compraventa, puesto que; en primer lugar, el pago del precio se constituye como una motivación para el vendedor. Es decir, el hecho de que vaya a adquirir una suma de dinero o signo que lo represente a cambio del objeto del contrato, es para el vendedor el fundamento por el cual se deshace de dicho bien o derecho y, por tanto; si el comprador no abonase el precio, la ya nombrada figura contractual no cumpliría su función máxima, como es la de intercambiar un bien o derecho por un precio cierto.

Por otro lado, en lo relativo a la recepción de la cosa vendida, se trata también de una obligación importante, ya que sin recepción el contrato no llega a su fin. Se debe principalmente al hecho de que la finalidad de la compraventa desde el punto de vista del comprador es adquirir un bien o derecho y, si se negase a recibir el mismo, nunca se alcanzaría el propósito para el cual se celebró el acuerdo; entorpeciendo con ello el tráfico mercantil. Encontramos otra serie de obligaciones con respecto al vendedor, que se constituyen como las verdaderamente importantes en este trabajo. Así, por una parte, tenemos la obligación de entrega de la cosa objeto del contrato; función primordial que conforma la otra cara de la moneda en la que se encuentra la obligación de recepción del comprador. Sin entrega no hay recepción, por lo que si no se cumple una obligación es de todo punto imposible cumplir la otra.

Por otro lado, el deber que más debemos resaltar, es la obligación del comprador de garantizar la compraventa. Este compromiso supone que el vendedor debe responder de los daños que el contrato le pueda ocasionar al comprador. Observamos así la existencia de dos supuestos distintos en la obligación de garantía, que se diferencian fácilmente. Encontramos, pues, tanto la obligación de garantía por evicción, como la obligación de garantía de saneamiento. La garantía por evicción supone que, en aquellos casos en los que el comprador se ve privado del uso y disfrute de la cosa objeto del contrato, por motivo de una sentencia firme que avala la existencia de un derecho anterior; será el comprador quien responda por los daños causados; siempre y cuando por motivo de la prescripción adquisitiva el comprador no haya obtenido la propiedad del objeto.

En cuanto a la otra obligación, la de saneamiento por vicios en el objeto, implica el deber del vendedor de responder por los vicios que puedan tener las mercancías. Se distinguen dentro de los vicios dos tipos:

I. Vicios manifiestos: Los encontramos contenidos en el art. 336 C. Com., y que suponen usualmente defectos de calidad o de cantidad en las mercancías; teniendo el vendedor el derecho

a pedir el examen del objeto por parte del comprador para que este así preste su visto bueno a las mismas.

II. Vicios ocultos: Se encuentran regulados en el art. 342 C. Com. y deben presentar ciertas características para ser considerados como tales; como son el carácter oculto, la gravedad y el hecho de que deben de existir antes de la puesta a disposición.

Ambos vicios deben afectar a las características pactadas en el contrato, pero no deben perjudicarlas de tal manera que las hagan inútiles para el uso para el que iban a ser destinadas. Aquellos vicios que invaliden de tal forma las mercancías, entrarán dentro de la teoría del *aliud pro alio*; es decir, la entrega de una cosa diferente. Comprende, pues, los supuestos de la entrega de una cosa distinta a la pactada y la de imposibilidad de cumplimiento por inhabilidad del objeto, bien por no servir para el uso a que iba a ser destinada, bien porque el adquirente ha quedado objetivamente insatisfecho. Es decir, implica que en la relación contractual el vendedor ha cumplido con otra prestación diferente a la debida.

Una vez vistas todas estas obligaciones, y para finalizar, ha de tratarse también el tema de contratos con consumidores y la protección especial que estos poseen en lo relativo a la contratación realizada con empresarios. Se trata, pues, de una relación desigual, donde el consumidor es la parte más desprotegida frente a los abusos que pueda cometer el comerciante, y a la cual se deben dar mayores defensas para que esto no ocurra. Así pues, mientras que el Código de Comercio se preocupa especialmente por la protección del vendedor, la Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece un conjunto de medidas de conservación y garantía con el fin de proteger al consumidor. Debemos tener en cuenta, así mismo, el régimen de aplicación de los contratos celebrados fuera de los establecimiento mercantiles, los cuales afectarán a la protección de los consumidores, y a los cuales se hará mención con posterioridad.

3. EL CONTRATO MERCANTIL DE COMPRAVENTA:

Como inicio cabe definir, aunque sea solo de forma sucinta, lo que da forma a un contrato de compraventa. Así, cabe decir, pues, que se trata de un contrato consensual, que carece en sí mismo de naturaleza real, puesto que para que sea exigible y cumpla sus funciones deben cumplirse los elementos de título y modo; y es un contrato en el que una de las partes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente. La compraventa es un contrato básico del tráfico de toda economía moderna, siendo una modalidad de la permuta, sustituyendo la entrega de cosa por algún tipo de signo de valor. Es el modelo básico de intercambio, relegándose la permuta a la categoría de excepción. Se trata de un contrato base y, por tanto, de extraordinaria importancia.

Para obtener esta definición, se debe acudir al Código Civil, ya que en su artículo 1445 alberga un concepto general de lo que es el contrato de compraventa. Por su parte, es el Código de Comercio el que delimita la compraventa mercantil frente a la civil, mediante un criterio general de mercantilidad que encontramos contenido en el art. 325 C.Com.

Dicho criterio supone que *“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”*. Con este precepto, lo que se ha pretendido ha sido elaborar un concepto de carácter objetivo de lo que sería la relación de compraventa en el ámbito mercantil, sin tener en cuenta a las partes que interviniesen en el contrato. En primer lugar, el art. 325 no regula todas las compraventas mercantiles ya que, por ejemplo, las compraventas de valores en bolsas son mercantiles aunque no cumplan los requisitos del concepto, y son mercantiles por el lugar de contratación. En segundo lugar, es un concepto complicado porque la compraventa para el Código de Comercio no se fundamenta en la venta misma sino en la venta de lo comprado; la mercantilidad de una compraventa no se encuentra en esa compraventa sino que depende de la

venta de lo que se haya adquirido, por lo que la condición de mercantil depende de la segunda compraventa. La compraventa se configura como un instrumento jurídico de mediación en la que se adquiere un producto con ánimo de lucrarse en la reventa, al contrario que en la compraventa civil, donde el producto se adquiere para el uso y consumo propio o de la familia. Así, el art. 325 se desgaja en diferentes elementos de naturaleza estructural. Son, por tanto, tres los elementos esenciales que integrarían el concepto de compraventa mercantil:

I. Elemento intencional, caracterizado por el doble propósito del que compra, el cual debe tener el propósito de revender y además en segundo lugar, el propósito de lucrarse en la reventa.

II. Elemento objetivo, en la medida en que son compraventas mercantiles las compraventas de cosas muebles, lo que tiene su importancia porque se excluye la compraventa de inmuebles. El legislador ha tenido una importante desconfianza en el mundo mercantil.

III. El tercer elemento es que no se excluye de la condición de la compraventa mercantil el hecho de que el objeto comprado para ser revendido lo sea en la misma forma o lo sea en otra forma.

El verdaderamente importante para saber si la compraventa sería o no mercantil, es el elemento intencional; el cual presenta ciertos problemas al no poder probarse el mismo hasta un momento posterior y externo a la terminación de la compraventa. Podemos observar, además, que este elemento intencional contendría un doble aspecto:

I. El de revender los bienes que fueron objeto del contrato, ya sea en el mismo estado o en otro diferente. Este aspecto se constituye como el destino que se le pretende dar a la compraventa.

II. El beneficio que tiene lugar una vez realizada la reventa; es decir, el ánimo de lucro. Gracias a este aspecto, en la práctica es sencillo identificar las compraventas entre empresarios como mercantiles, al presumirse dicho ánimo de lucro en sus transacciones. Por lo tanto, la compraventa mercantil no se hace para que el comprador satisfaga sus necesidades de consumo, sino para lucrarse con dicha actividad.

Hoy día, la doctrina científica entiende que el carácter de *ánimo de lucro* debe ser reinterpretado, de forma que se refiera al ánimo de inversión en procesos de producción de bienes y servicios. Hay que tener presente que existen compraventas que se constituyen como una excepción a lo anterior y, por lo tanto, no se llegan a considerar mercantiles. El art. 326 contiene este conjunto de aclaraciones o excepciones al art. 325. En primer lugar contiene dos aclaraciones en el párrafo primero y el párrafo cuarto, conteniendo también 2 excepciones de compraventa que serían mercantiles pero están excluidos:

- I. Las ventas realizadas por los empresarios a los particulares o consumidores.
- II. Las ventas que los artesanos (agricultores o ganaderos), realicen de sus productos.
- III. La reventa que haga cualquier persona no comerciante del resto de acopios que hizo para su consumo.

La razón de la exclusión es sencilla y responde a causas puramente históricas.

3.1. PROBLEMA DE LA MERCANTILIDAD DE LA REVENTA:

Una de las cuestiones que más dudas presenta es el de la calificación de la reventa, es decir, se plantea la cuestión de cuál es la naturaleza jurídica de la segunda reventa. En principio, si la compraventa es mercantil, la reventa debiera ser también mercantil, porque la actividad lucrativa del comerciante se realiza a través de los dos contratos de compraventa que son fruto de una misma operación económica inseparable; además de que el objeto sobre el que recae es idéntico. La cuestión se complica más cuando el comprador en la segunda compraventa es un consumidor, donde nos encontramos con que una parte actúa con propósito mercantil mientras que la otra parte actúa con propósito civil. Son los llamados actos mixtos; actos cuya

calificación es diferente por parte de la doctrina mercantilista y de la doctrina civilista. La doctrina mercantilista defiende la mercantilidad de la reventa considerando que ésta es un acto de comercio incluido en el art. 2 C. Com. y por tanto se somete a las resoluciones del Código, mientras que la doctrina civilista viene entendiendo que en la reventa no concurren para el adquirente los requisitos exigidos en el art. 325. La solución parece más cercana a lo postulado por la teoría civilista de entender que la reventa no es mercantil cuando se realiza con un consumidor por dos razones fundamentales:

En primer lugar porque el comprador no cumple con los requisitos del art. 325; y en segundo lugar porque el 326.1 expresamente excluye esta compraventa del ámbito mercantil. Por ello, la reventa, cuando el comprador es civil, se excluye del ámbito mercantil, lo que en la práctica tampoco tiene demasiada trascendencia puesto que esas compraventas se regulan por la normativa especial protectora del consumidor. Cosa distinta ocurre con la reventa entre empresarios, aquí el comprador es un empresario que tiene ánimo de lucrarse en la siguiente venta, por lo que en estos casos la reventa sí sería mercantil. En relación a las compraventas con consumidores, no se plantean grandes problemas; puesto que si el vendedor no es un empresario nos encontraríamos ante una compraventa de carácter civil; mientras que de serlo, se trataría de una venta de consumo.

Así mismo, cabe señalar que la jurisprudencia entiende que se trataría de compraventas civiles aquellas en las que aun habiendo intervenido dos empresarios, éstos no pertenecían al mismo sector de actividad. En este sentido nos encontramos la *STS de 12 de diciembre de 1983*, que trata un supuesto de contrato de compraventa de horno entre una sociedad mercantil, dedicada a la fabricación de maquinaria y accesorios para la industria de panadería, y un industrial panadero, desestimando así mismo su naturaleza mercantil *“al tratarse de venta hecha por un comerciante a otro que no lo es o que, siéndolo, se dedique a distinto tráfico, tal el demandado, determinante de un contrato de naturaleza civil, conforme al art. 325 del C. Com.”*. En cuanto a sus características, presenta la compraventa mercantil una serie de obligaciones para las partes contratantes. Con respecto al vendedor, existen fundamentalmente dos:

- a) La entrega de la cosa (que es la verdaderamente esencial, pues sin entrega no hay contrato).
- b) La obligación de garantía, que es la que en este trabajo nos ocupa.

La obligación de garantía consiste pues en garantizar al comprador contra los vicios y defectos ocultos que tenga la cosa entregada. Se puede prescindir, sin embargo, de este deber por pacto entre las partes tanto en el orden civil como en el mercantil. Centrándonos más en el tema, dispone el art. 345 C.Com. que el vendedor estará obligado a la evicción y saneamiento a favor del comprador, salvo pacto en contrario como se ha dicho anteriormente. Operan por ello *“ope legis”*, aunque nada se hubiera dicho sobre ellas, pudiendo una sola o ambas ser suprimidas por acuerdo entre las partes, salvo que medie mala fe por parte del vendedor. Cabe destacar que esta obligación de garantía se bifurca en dos ramas: El saneamiento por evicción y el saneamiento por vicios. Fijándonos ahora en los deberes de las partes, podemos tratar cada uno de ellos de forma más extensa.

3.2. LAS OBLIGACIONES DEL COMPRADOR:

Con respecto a este punto, a pesar de que se tratará el tema; al no ser importante para el caso que nos ocupa no se examinará de forma exhausta. Existen dos tipos de obligaciones esenciales para el comprador, las cuales se dividen en:

3.2.1. Pago del precio:

Esta obligación es un deber normal que nace para el comprador en el momento de la compraventa y que ha de cumplirse en los términos pactados por las partes. El pago del precio,

el cual debe ser cierto, puede realizarse o bien en el momento de la compraventa, o puede realizarse de forma posterior, al haberse fijado en el contrato un momento y lugar de pago diferente. En el mundo mercantil es habitual diferir el momento del pago del precio, utilizándose normalmente instrumentos financieros de diferente naturaleza, mediante los que aplazar el pago del mismo.

La demora en el pago de la cosa comprada se regula en el art 341 C. Com., que obliga al comprador a pagar el interés legal de la cosa desde el momento en el que vence el plazo conferido para el pago, incurriendo con ello en mora de manera automática. Además el art. 340 C. Com., en el caso de retraso en el pago, prevé que si los objetos están en poder del vendedor, aunque sea en calidad de depósito, tiene preferencia frente a cualquier acreedor para resarcirse con esos objetos. En cualquier caso, lo que no se admite es que la fijación del precio quede al arbitrio de uno de los contratantes. En relación al momento y el lugar del pago, este será el que las partes hayan previsto en el contrato. A falta del mismo y dado que el C. Com. no contiene ninguna previsión al respecto, se aplicará el art.1500 C.C., según el cual el comprador estará obligado a pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la mercancía misma.

En relación con el momento del pago, salvo que las partes hayan pactado expresamente su aplazamiento, debe entenderse que éste se realizará en el momento de entrega de la cosa, la cual debe producirse en las 24 horas siguientes a la perfección del contrato, ya que así lo dispone el art. 337 C. Com. No obstante, la obligación de pago puede nacer no desde la entrega sino desde la puesta a disposición de las mercancías, por motivo de que el comprador se constituya en mora por rehusar injustificadamente las mercancías o demorarse en su retirada, previo depósito judicial de las mismas por parte del comprador, según dispone el art. 339 C. Com.

3.2.2. Recepción de la cosa vendida:

Junto a la obligación de pago está el deber de recibir la cosa, que es una obligación que no se regula expresamente, pero si implícitamente, en la medida en que si el comprador rehúsa recibir la cosa sin justa causa, el vendedor podrá optar entre exigir el cumplimiento o rescindir el contrato. El comprador puede negarse a recibir entregas parciales, ya que así lo estipula el art. 330 C.Com.

Como veremos cuando se trate la obligación de entrega del objeto, la bilateralidad del contrato de compraventa se proyecta en el momento del cumplimiento, pudiendo exigirse, de un lado, la realización por el vendedor de su obligación de puesta a disposición y, de otro, la recepción por parte del comprador. El cumplimiento de la obligación de recepción se verifica con la retirada de las mercancías por parte del comprador. El art. 339 C. Com. exige, de una parte, que las mercancías se pongan a disposición del comprador y, de otra, la recepción por éste, dándose por satisfecho. El comprador sólo puede rechazar la recepción de la cosa vendida por justa causa, entre las que se encuentra el hecho de que la cosa adolezca de algún tipo de vicio o defecto; así como la entrega tardía, la cual equivale a incumplimiento

El comprador no está obligado a la aceptación parcial de la entrega. Si aceptare el cumplimiento parcial de la obligación de entrega se entenderá que el contrato se consuma respecto de la parte entregada, mientras que por el resto el contrato sigue vivo, lo que significa que el vendedor no podrá exigir al comprador el pago del precio de las mercancías no entregadas. En cuanto al plazo para retirar de las mercancías, habrá que estar a lo dispuesto en el contrato y, a falta de éste, deberá entenderse de aplicación el art. 62 C. Com., que determina que será al día siguiente de la puesta a disposición o de haber recibido las mercancías si producen acción ejecutiva, o a los días diez si llevan aparejada acción ordinaria.

3.3. LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR:

Nos centramos ahora sí, en las obligaciones más importantes para el presente trabajo. Los deberes que se encuentra el vendedor obligado a cumplir se pueden bifurcar en dos categorías:

3.3.1. Obligación de entrega:

El contrato de compraventa, como ya se ha dicho, supone el surgimiento de una serie de obligaciones tanto para el vendedor como para el comprador. En lo que respecta a las del primero, se señala como importante la entrega de la cosa objeto del contrato. Es la obligación esencial en todo caso, sin la cual no se cumple la finalidad económica del contrato. El vendedor está obligado a entregar la cosa vendida en el tiempo y lugar pactado, poniendo al comprador en poder y posesión del bien.

La entrega puede ser material o puede ser una entrega simplemente simbólica, dado que los supuestos de *traidito ficta* también son igualmente aplicables a la compraventa mercantil. Sin embargo, aunque la compraventa mercantil parta de una situación y de una obligación idéntica que la compraventa civil, lo cierto es que la obligación de entrega presenta ciertas diferencias en el entendimiento de cuando se puede entender cumplida. Así mientras que en la compraventa civil se requiere de la entrega de la cosa, tanto simbólica como material, en la compraventa mercantil el vendedor cumple con su obligación realizando todos los actos necesarios para que el comprador pueda tomar posesión de la cosa vendida; esto es, poniendo la cosa a disposición del comprador en el lugar y tiempo en el que debe realizarse la entrega.

Ello supone, que entrega y puesta a disposición se configuran como dos efectos distintos, o como dos momentos distintos. La puesta a disposición es el término o finalización de la actividad que corresponde al vendedor en la fase de entrega. Una vez que el vendedor pone a disposición, la entrega ya no depende de éste, sino que dependerá ya de la voluntad del comprador salvo los supuestos de fuerza mayor. Por esta razón el art 339 C. Com. libera al vendedor de responsabilidad una vez que pone los géneros vendidos a disposición del comprador, de tal forma que la demora del comprador en la recepción de esas mercancías ha de entenderse que es responsabilidad exclusiva suya. La mercancía se pone a disposición, salvo pacto en contrario, en el establecimiento del vendedor, cumpliendo éste al tener en sus almacenes los géneros vendidos a disposición del comprador el día señalado en el contrato. Puede pactarse no obstante, que la entrega se haga en un lugar distinto. Estos son los supuestos conocidos como “*ventas con expedición*”, que exigen el transporte de la mercancía de un lugar a otro, presumiéndose que los bienes son puestos a disposición del comprador en el momento en que son entregadas al porteador (transportistas), salvo pacto el contrario. Tiene importancia respecto de la titularidad de las mercancías.

El tiempo en el que hay que entregar la mercancía, será en el plazo fijado por las partes, y si no se hubiese fijado plazo para la entrega, el art 337 C. Com. dice que el vendedor deberá tenerlas a disposición del comprador en las 24 horas siguientes al contrato. Esta entrega supone el surgimiento de un efecto traslativo, de forma que una vez realizada cabe entender que se ha cumplido ya la función económica del contrato de compraventa; la cual es la entrega de la posesión del objeto al comprador.

Ya que con la entrega se intenta procurar tanto la posesión como la titularidad jurídica, en ciertos casos habrá que acompañar el objeto de la entrega de todos aquellos bienes que aseguren el disfrute pacífico del comprador con respecto a la cosa objeto del contrato. En otros casos, la entrega no tiene que darse necesariamente en sentido material (la cual se denominaría *tradtio real*), ya que lo esencial es el acuerdo de las partes, lo cual se podría verificar por cualquiera de las formas de *tradtio fictia* que se reconocen en nuestro ordenamiento. Cabe destacar también la existencia de un caso curioso: la posibilidad de venta de cosa ajena. Esto supone que en la relación normal entre vendedor y comprador, al momento de perfeccionar el contrato de

compraventa, el objeto del mismo no sea propiedad del vendedor; es decir, que éste no sea dueño de la cosa vendida. Esta figura se debe a que el contrato de compraventa no supone la transmisión de la propiedad por sí mismo, sino que simplemente obliga a la entrega del objeto.

Centrándonos brevemente en la figura de venta de cosa ajena, ésta tiene lugar en el momento en que el derecho o el objeto vendidos no pertenezcan al vendedor. Se reconoce su validez por parte de la doctrina moderna, siempre y cuando se produzca de buena fe; todo por motivo del alcance obligacional del contrato de compraventa, así como por la inexistencia de un precepto legal que imponga al vendedor la obligación de ser el propietario y de transmitir la propiedad.

Se debe tener en cuenta, además; que el comprador puede adquirir la propiedad del bien o derecho a través de la usucapión ordinaria. Sin embargo, el verdadero propietario sigue teniendo derecho a reclamar el objeto, el cual puede haber adquirido el comprador (como ya se ha dicho anteriormente) por usucapión. De no haber adquirido la propiedad, el vendedor estaría obligado al saneamiento por evicción ante el comprador. En cuanto a la relación entre el vendedor y el comprador, podemos distinguir tres supuestos:

- 1.- Que ambos hayan actuado de mala fe: El contrato no produciría efectos.
- 2.- Que el vendedor actúe de mala fe y el comprador de buena fe: La venta podría impugnarse por dolo o error.
- 3.- Que ambos hayan actuado de buena fe: El contrato sería válido, produciendo los efectos antes citados.

Todo ello explicaría la posibilidad de que en nuestro ordenamiento se permita esta figura; ya que, además, su existencia conlleva así mismo la de la figura de la obligación de la garantía por evicción, obligación propia del vendedor que se tratará más adelante. Volviendo a la entrega del objeto, ésta debe ser completa; no pudiendo imponer al comprador la aceptación parcial del mismo, y debiendo por ello entregarse, además, con todos los frutos y accesorios junto a los gastos que sean a cargo del vendedor.

En lo relativo a la forma de acreditar la entrega, la jurisprudencia ha admitido la entrega de albaranes firmados por empleados sin ser necesario un poder de representación de ningún tipo. En los casos de compraventa entre empresarios, se le impone al comprador que documente simultáneamente tanto el acto de entrega como el de recepción de mercancías, mencionando la fecha de forma expresa. Por su parte el vendedor deberá indicar la fecha en la que debe producirse el pago en la factura o albarán correspondiente; debiendo remitirla al comprador antes de que transcurran 30 días desde la entrega y recepción de las mercancías; ya que así lo ha dictaminado la *STS de 30 de diciembre de 2002*.

Al tener el contrato de compraventa un carácter sinalagmático, ello implica que el vendedor se libera de la obligación de entrega en el momento en que el comprador no paga el precio acordado; a excepción de que se hubiera pactado un aplazamiento del mismo o cuando se descubre que el comprador es insolvente. La entrega en el contrato de compraventa es un acto bilateral que se compone de dos obligaciones distintas; la que obliga al vendedor a poner las mercancías a disposición del comprador y la que exige a éste la recepción de las mismas; suponiendo por ello un acto de colaboración entre las partes en el momento de ejecutarse el contrato, en la cual cada una de ellas deben realizar todo lo necesario para que se verifique la transmisión de la propiedad de la mercancía al comprador.

Esta bilateralidad en la relación existente entre comprador y vendedor no significa, sin embargo, que se trate de una relación de carácter sinalagmático como se puede dar en otros casos. Comprobamos esto en el hecho de que, si el comprador rechazase injustificadamente las mercancías; o como establece el art. 332 C. Com “*rehusare sin justa causa el recibo de los efectos comprados (...)*” el vendedor deberá, en primer lugar, depositar judicialmente las mercancías para poder llevar a cabo las acciones de cumplimiento o resolución del contrato.

Ello explicaría lo determinado en el art. 333 C. Com., donde se establece que una vez puestas las mercancías a disposición del comprador, será éste el único responsable de los daños y menoscabos que aquéllas sufran; a menos que concurra dolo o negligencia del vendedor.

Debemos poner esta idea, así mismo, en relación con el art. 339 C. Com., que marca la obligación del comprador de pagar el precio convenido en el momento en que el vendedor pone el objeto a su disposición; obligación de la cual este último no se podrá liberar ni siquiera en el caso anteriormente citado de incumplimiento por parte del comprador de recibir las mercancías pactadas.

Para terminar con la obligación de entrega, hay que señalar conceptos importantes como el lugar, el momento y los gastos de la entrega. Con respecto al lugar de entrega, es fundamental determinar el mismo debido a que, dependiendo de dónde se entregue la cosa pactada, se podrá delimitar cuál será la competencia jurisdiccional. No hay sin embargo una disposición concreta en lo relativo al lugar de entrega; por lo cual debería reconducirse dicha idea a través del art. 2 C. Com.; que remite al derecho común con respecto a aquellos asuntos no regulados ni en el Código de Comercio, ni en los usos del comercio. Visto esto, debemos acudir al art. 1171 C.C.; que establece que el cumplimiento de las obligaciones debe llevarse a cabo en el lugar que se hubiese designado para ello y, en caso de que faltase designación expresa; podríamos diferenciar entre dos supuestos:

I. Que se trate de cosa determinada: El lugar de entrega será aquél en el que se encuentre la cosa en el momento de haberse perfeccionado el contrato.

II. Que no sea cosa determinada: En cuyo caso el lugar de entrega será el domicilio del deudor; es decir, el vendedor.

En aquellos casos en los que las mercancías deban ser transportadas a un lugar distinto para poder verificar la entrega al comprador; esto es, una venta con expedición, de no haberse especificado de forma expresa en el contrato el lugar, se determinará en función del hecho de quien sea el responsable de los gastos de transporte. Por ello, en aquellos casos en que los gastos sean por cuenta y riesgo del vendedor, el lugar de entrega será el domicilio del comprador; y en caso de que se trate de transportes a portes debidos (donde abona los gastos quien recibe la mercancía) el lugar de entrega será el domicilio del vendedor. Existen varias sentencias que establecen esto, como la *STS de 30 de marzo de 2000*, o la *STS de 3 marzo 1998*.

En relación con el momento de entrega del objeto, lo encontramos regulado en el art. 337 C. Com., el cual determina que, a falta de disposición contractual expresa, el vendedor estará obligado a poner las mercancías a disposición del comprador en las 24 horas siguientes al momento de haberse perfeccionado el contrato de compraventa; lo cual se justificaría en la idea de preferencia de ejecución rápida del contrato. Al momento de determinar contractualmente el plazo, éste puede surgir de dos formas: con la fijación de un término, momento en el cual será exigible la obligación de entrega; o bien fijando un periodo de tiempo durante el cual debe llevarse a cabo dicha obligación.

En cualquier caso, sin embargo, ya se haya fijado el plazo de forma convencional o por disposición legal, bien es cierto que dicho plazo tiene carácter esencial, idea que nos encontramos en el art. 329 C. Com.; donde recoge la posibilidad del comprador de pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, junto a la indemnización por los daños causados por la tardanza en ambos casos; siempre que el vendedor se retrase en su obligación de entrega de las mercancías; equiparando esta tardanza a un incumplimiento total de la obligación. Este retraso no tendrá cabida en aquellos casos en los que el vendedor falta a su obligación de entrega en el plazo previsto, bien porque el comprador no ofrece de forma simultánea el pago del precio, bien porque habiendo sido aplazado el pago del precio se descubre que el comprador es insolvente, o bien porque se pueda deducir que el comprador ha prestado su consentimiento a dicho retraso.

Para finalizar, en lo correspondiente a los gastos de entrega, debemos remitirnos al art. 338 C. Com.; donde se establece que los gastos serán a cargo del vendedor hasta que los ponga a disposición del comprador, a no ser que medie entre ellos pacto expreso en contrario; corriendo el comprador únicamente con los gastos derivados de su recibo y extracción fuera del lugar de la entrega. De este criterio se puede deducir, además, que el vendedor asumirá los gastos hasta el momento de la entrega al porteador, momento a partir del cual se entienden las mercancías puestas a disposición del comprador; debiendo ser éste quien abone los gastos necesarios para la recepción, entre los que nos encontramos con los gastos de transporte y los impuestos originados con posterioridad a la entrega del porteador por el vendedor; siempre y cuando no exista pacto en contrario.

3.3.2. Obligación de garantía: evicción y saneamiento por vicios ocultos.

Entre las obligaciones que le corresponden al vendedor, ésta se constituye como la más importante en relación al tema que nos ocupa. La obligación de garantía del vendedor se corresponde con el derecho del comprador a disfrutar libremente de la cosa pactada como objeto del contrato; sin temer que en algún momento se perturbe su paz, ya sea bien por un derecho que un tercero poseía con anterioridad; bien porque el objeto sufre de daños o menoscabos que hacen de la mercancía un producto inservible con respecto a la opinión del comprador. Se constituye por ello como un efecto natural al contrato, pudiendo por ende excluirse por pacto entre las partes.

Esta obligación de garantía debemos ponerla en relación con los artículos correspondientes al tema que encontramos en el Código de Comercio. Así, el básico de todos ellos sería el art. 345 C. Com., el cual establece que *“en toda venta mercantil el vendedor quedará obligado a la evicción y saneamiento en favor del comprador, salvo pacto en contrario”*. Lo contenido en este artículo supone que la obligación de garantía del vendedor opera *ope legis*; es decir, que siempre estará obligado a dicho deber, a no ser que entre ambas partes haya mediado pacto en contrario.

Este atributo tiene su origen en lo ya explicado con anterioridad: El vendedor tiene obligación de garantizar el uso y disfrute del objeto por parte del comprador, en la medida en que éste tiene derecho a que no perturben su posesión. Con esto no se pretende nada más que permitir una vía al comprador para que pueda pedir responsabilidad a quien, debiendo haber entregado la cosa objeto del contrato libre de cargas y menoscabos, no lo haya hecho, perjudicando con ello al acreedor de la relación por negarle en cierto modo el disfrute pacífico de la cosa que, aunque fuera de forma implícita, ya se había pactado en el contrato; siendo una continuación de la obligación de entrega de la cosa pactada. Refiriéndonos más ahora al contenido de la obligación y no tanto a su motivación, debemos observar que la obligación de garantía puede dividirse en dos categorías diferentes de responsabilidad: garantía por evicción y garantía por saneamiento.

3.3.2.1. Obligación de garantía por evicción:

Al no dar el C. Com. una definición de lo que sería la evicción, debemos ir al ordenamiento civil que, en su art. 1475 C.C. determina que la evicción consiste en la privación al comprador de la posesión por sentencia firme en virtud de un derecho anterior a la compra de todo o parte de la cosa comprada.

Constituye la evicción la obligación de saneamiento impuesta al vendedor en la compraventa, fundamentándose en el derecho natural que supone que si *“nada se transmitió al comprador, nada se debe recibir del mismo; y si éste le ha pagado (al vendedor) el precio de aquello de que resulta desposeído con fundamento a un derecho anterior a la compra, debe ser indemnizado tanto de precio como de cuantos daños y menoscabo haya sufrido el patrimonio del comprador”*. Surge entonces este deber de la perturbación o alteración de la posesión legal y

pacífica del objeto adquirido, teniendo lugar cuando el comprador se ve privado del bien por motivo de una sentencia firme por un derecho anterior al suyo.

El caso más característico sería la ya nombrada venta de cosa ajena; donde el vendedor entrega un objeto que no era de su propiedad. Así, el auténtico propietario, siempre y cuando no haya concurrido usucapión por parte del comprador (es decir, que no se haya convertido el comprador en propietario del objeto por motivo de prescripción adquisitiva), podrá llevar a cabo las acciones oportunas para ejercitar sus derechos con respecto a su propiedad. De ocurrir esto y devolverse el objeto a su legítimo propietario por razón de sentencia firme; el vendedor deberá llevar a cabo su obligación de garantía por evicción. No tiene la evicción un plazo de prescripción, respondiendo de él el vendedor por tiempo ilimitado, siempre que subsistan acciones de terceros debido a las cuales el comprador se vería desposeído de la cosa.

Esta responsabilidad, sin embargo y actualmente, carece de importancia práctica en el ámbito mercantil por motivo de la aplicación del art. 85 C. Com². Por este artículo se constituye una prescripción automática a favor del comprador con respecto a aquellos productos adquiridos en almacenes o tiendas abiertas al público; impidiendo por ello que el verdadero propietario pueda reivindicarla. Sin embargo, el propietario todavía conservará acciones civiles o penales contra el vendedor; sin poder hacer nada no obstante contra el comprador. Para que opere esta protección, sin embargo, cabe destacar el hecho de que el adquirente debe serlo de buena fe. Tendrá lugar la mala fe cuando se demostrase que el comprador era conocedor de que el objeto adquirido no era de propiedad del vendedor.

Se presume por tanto la buena fe del comprador que, junto a la prescripción automática, provocan la inaplicabilidad actual de la obligación de garantía por evicción en el caso de las mercancías vendidas en almacenes abiertos al público, sin que quepa reivindicación hacia el comprador por parte del auténtico propietario que hubiera perdido la cosa o hubiese sido privado de ella ilegalmente. Para que dicha prescripción opere, se requiere que la compra deba realizarse en un almacén o tienda abierto al público; debiendo entender como tales los que establece el mismo Código de Comercio en el segundo párrafo del ya citado artículo 85³.

Se entiende por comerciantes inscritos aquellos que se encuentran en el Registro Mercantil; mientras que aquellos que no lo estén, en el caso de ser comerciantes personas físicas, podrán inscribir sus comercios o no en el Registro; al ser ésta una inscripción potestativa. Se requiere sin embargo, para que se consideren almacenes abiertos al público en caso de no haberse inscrito, que permanezcan abiertos por un espacio de tiempo de 8 días consecutivos, que se hayan anunciado por medio de rótulos en el mismo local o mediante avisos o anuncios publicados en medios de comunicación. Por efecto de lo contenido en este artículo, podemos deducir que la prescripción automática contenida en el mismo no tendrá efectos en los casos de compraventas en ferias o mercados, al no entenderse éstos como establecimientos mercantiles.

Por todo ello se dice que el saneamiento por evicción no tiene un gran interés en la compraventa mercantil, debido a la protección que recibe el comprador de buena fe de cosa

² Dicho artículo establece que *“la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador respecto de mercaderías adquiridas, quedando a salvo, en su caso, los derechos del propietario de los objetos vendidos para ejercitar las acciones civiles o criminales que puedan corresponderle contra el que los vendiere indebidamente”*

³ Son, por tanto:

“1.º. Los que establezcan los comerciantes inscritos.

2.º. Los que establezcan los comerciantes no inscritos, siempre que los almacenes o tiendas permanezcan abiertos al público por espacio de ocho días consecutivos, o se hayan anunciado por medio de rótulos, muestras o títulos en el local mismo, o por avisos repartidos al público o insertos en los diarios de la localidad.”

mueble comprada en almacenes abiertos al público y en pública. De todas formas esta afirmación es relativa, en la medida en que el contenido de esos artículos se aplica tanto a compraventas de carácter civil como mercantil.

Así, y aunque en el ámbito mercantil la figura de la evicción no tenga gran aplicación; debemos tener en cuenta también que la mayoría de las ventas llevadas a cabo y formalizadas en almacenes abiertos al público o en pública subasta son realizadas por personas en las que concurre una característica especial. Se trata de aquellas personas que poseen la condición de consumidor, lo cual poniéndolo en relación con el artículo 326 C. Com., implicaría que no nos encontraríamos ante una compraventa mercantil, sino ante una compraventa civil; aunque hoy en día el derecho de los consumidores se considera una rama aparte de ambas, teniendo por tanto su propia regulación.

3.3.2.2. *Obligación de garantía por saneamiento:*

Debiendo nuevamente atender al ordenamiento civil para dar así una definición de lo que sería el saneamiento, el art. 1484 CC dictamina que esta figura implica que la cosa vendida presenta defectos o vicios que la hacen impropia para el uso al que se destina, o lo disminuyen de tal forma que, de haberlos conocido el comprador, no lo habría adquirido o hubiera ofertado por ella un precio menor. Dicha obligación presenta interés no solo para el comprador, sino también para el vendedor:

a) Para el comprador porque le interesa recibir aquello que pensaba adquirir, más aún si se trata de un comerciante que adquiere con ánimo de revender.

b) Para el vendedor porque tiene interés en la rápida conclusión del contrato, siéndole las discrepancias del comprador notificadas con la mayor rapidez posible pudiendo exigir incluso que las mercaderías sean examinadas en el momento de su recepción. Además, cuanto más rápido pueda terminar con el contrato, antes podrá realizar su repetición, actuando en masa, mediante lo cual adquirirá los beneficios que pretende como empresario.

Volviendo al saneamiento en general, cabe destacar que la doctrina distingue entre vicios aparentes o manifiestos y vicios internos u ocultos y, como categoría especial, la entrega de cosa diversa o “*aliud pro alio*”. En los dos primeros supuestos el vendedor ha cumplido con su obligación de entrega, aun con deficiencias en la mercadería. En el último supuesto existe un total incumplimiento por parte del vendedor al no haber entregado la mercancía que fue objeto del contrato, sino una diversa, con independencia de que pudiera tener igual o mayor valor a la que ya había sido pactada.

La obligación de garantía está orientada a proteger la posesión por parte del comprador de una cosa útil, libre de vicios o defectos que no la hagan apta para el fin al que está destinada; es decir, que la hagan impropia para el uso al que el comprador iba a destinarla. En la práctica es este tipo de responsabilidad la que mayor conflictividad supone, puesto que su incumplimiento provoca la aplicación de un régimen especial de incumplimiento; un tratamiento completamente distinto en dos aspectos con especial relevancia, como son el tipo de acciones que el comprador puede emprender y el plazo de realización de la denuncia y posterior ejercicio de las acciones que correspondan tanto en un caso como en otro. La especialidad que presenta el mundo mercantil viene marcada por la *rapidez*. Es decir, existe un deber de denunciar rápidamente la existencia de vicios o defectos en el objeto que se haya adquirido por medio del contrato de compraventa; pues en caso de no hacerlo, no tendría el comprador acciones contra el vendedor.

Junto al régimen general de incumplimiento, pues, el C. Com. contempla una modalidad especial de incumplimiento que entraría en juego cuando, una vez se encuentra verificada la entrega de la cosa, ésta adolece de algún vicio o defecto. Por tanto, la primera cuestión que plantea esta forma de incumplimiento es determinar cuándo un vicio tiene el carácter de manifiesto, lo que exoneraría de responsabilidad al vendedor si el comprador “*al tiempo de*

recibir las mercaderías las examinare a su contento” o si, en el caso de que la cosas estuvieran enfardadas o embaladas, no ejercite su acción dentro de los cuatro días siguientes a la recepción de las mercancías. La falta de referencia en el C. Com. a los criterios que servirían para percatarnos de cuándo nos encontramos ante un vicio oculto o manifiesto, nos obliga a acudir al art. 1484 CC que establece que el vendedor no será responsables “de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos”.

A) Vicios manifiestos:

La doctrina y jurisprudencia deducen de forma pacífica que un vicio o defecto no es oculto cuando se dan alguna de las siguientes circunstancias:

I.- Es manifiesto.

II.- Es reconocible por un perito.

III.- Es conocido por el comprador al tiempo de la conclusión del contrato.

De ahí se desprende la relatividad del carácter de oculto en cuanto que dependerá de las circunstancias del caso y, especialmente, de las aptitudes profesionales del comprador. Existen 3 tipos de vicios que podemos distinguir, con respecto a las mercancías adquiridas:

1.- Cuando siendo idéntica la cosa entregada a la que fue objeto del contrato, presenta algunas alteraciones anormales, hablando en este caso de vicio de la cosa.

2.- Cuando hay un defecto de calidad; es decir, cuando la cosa contratada y la entregada no son idénticas.

3.- Cuando hay un defecto de cantidad, lo que supone que el vendedor entrega menos unidades de las pactadas.

Estos vicios encuentran su regulación en el art. 336 C. Com.; el cual solamente llegaría a ser aplicable en aquellos casos en los que los defectos que existan no lleguen a ser tan graves como para inutilizar la cosa para su función habitual; es decir, que la cosa que se entrega no se aparta totalmente de la cosa pactada. Sin embargo, debemos tener en cuenta que estos vicios mencionados se incluirían dentro de una categoría concreta. Se trata de vicios manifiestos que pueden afectar al objeto del contrato, de los cuales el comprador puede percatarse al momento de la entrega, y que han de diferenciarse de los vicios ocultos de los que puedan verse afectadas las mercancías y de los cuales se tratará con posterioridad. Se refiere a los vicios manifiestos el art. 336 C.Com., distinguiendo la doctrina entre los términos vicio y defecto de calidad que en dicho artículo se emplean. Así, mientras que los defectos son inherentes a la naturaleza de las mercaderías; los vicios son inherentes al modo imperfecto con que la mercadería fue fabricada, embalada y custodiada. Siendo este el criterio para distinguirlos, también podemos referirnos a los criterios subjetivo (en el que si las partes convienen una serie de características y la mercancía no los presenta, nos encontraremos ante un mero defecto de calidad), y objetivo (donde vicio será todo defecto que no implique falta de cualidades esenciales). Consideramos, tras esto que el art. 336 C. Com. equipara ambos conceptos, refiriéndose a cualquier anomalía de la mercadería de suficiente entidad para impedir o dificultar el destino normal de la misma.

El art. 336 marca también los plazos actuación del comprador; aquellos plazos en los que deberá llevar a cabo las acciones de las que dispone, y que se constituyen como tiempos muy breves. Dicha brevedad encuentra su fundamento en la profesionalidad del comprador; presuponiéndosele por ello una capacidad para poder llegar a conocer con celeridad la existencia de una serie de defectos en la cosa, de forma que se prima con estos plazos la seguridad del tráfico mercantil. En el caso de los vicios aparentes; aquellos que el comprador puede percibir en el momento de recibir las mercancías, éste debe denunciar la existencia de los mismos al momento de recibirlas, perdiendo todo derecho a hacerlo si no realiza dicho acto en ese momento. Sin embargo, y dado que la obligación de denuncia surge tras el examen de las mercancías; en el caso de que éstas se encuentren embaladas y sea imposible para el comprador

detectar los vicios en un primer momento, se le concede un plazo de 4 días para examinarlas y realizar una denuncia por vicios manifiestos en caso de ser la misma necesaria.

Aun así y, con motivo de la celeridad de actuaciones en el ámbito mercantil, el art. 336 también establece un derecho para el vendedor. En virtud de este artículo cabe tratar la existencia o no de una obligación por parte del comprador de examinar las mercaderías compradas. Con motivo de ello, nuestro C. Com. no impone expresamente esa obligación al comprador; pero sí establece un derecho a favor del vendedor de exigirle en el acto de la entrega que haga el reconocimiento en cuanto a calidad y cantidad del contenido, en relación a la seguridad del tráfico mercantil.

En el supuesto de que el vendedor no lo exija, el comprador no estará obligado a ello; pero si no lo verifica estará haciendo dejación de sus derechos de repetición contra el vendedor por los posibles defectos de calidad y cantidad de que adolezcan las mercancías. Es por esto que lo habitual es que el propio comprador haga el examen oportuno y que, si no encuentra fallo alguno, le impida practicar cualquier tipo de reclamación por vicios que sean aparentes, sin afectar a los internos. El vendedor tendrá derecho a exigir el examen de las mercancías en el momento de la entrega por parte del comprador. Este derecho encuentra su fundamento en que, al mostrar su contento el comprador con la calidad y la cantidad de las mercancías adquiridas, el vendedor puede dar por perfeccionado el contrato de compraventa; ya que de tener que esperar a una posterior denuncia del comprador, o a que éste pueda ejercitar el citado derecho en un ámbito temporal mayor al establecido en las normas; se arriesgaría a no llegar a perfeccionar completamente el contrato, lo cual provocaría daños en el tráfico mercantil. Estos plazos son siempre dispositivos, pudiendo llegar a modificarse en cualquier momento por voluntad de las partes contratantes; siendo además plazos de caducidad y no plazos de prescripción, no pudiendo ser ni interrumpidos ni reiniciados nuevamente. En los supuestos de defecto en la cantidad o calidad, el comprador contará con la acción de repetición contra el vendedor, salvo que la avería proceda de caso fortuito, vicio propio de la cosa o fraude. Para que proceda dicho derecho de repetición, deben darse los siguientes requisitos:

I. Que se haya efectuado la prestación de la entrega, ya que hasta que la misma acontezca el comprador no puede determinar si la mercancía es o no conforme en cuanto a cantidad y calidad.

II. Que existan vicios llamados reconocibles o externos en la cosa comprada. Si los vicios son ocultos o no reconocibles aparentemente su tratamiento es distinto a través del art. 342 C. Com.

III. Que no haya existido un examen de la mercancía por parte del comprador “*a su contento*” en el momento de la entrega.

IV. Que se produzca la denuncia de los vicios reconocibles dentro de un término de 4 días, contados a partir del momento de la recepción de la mercancía, siendo el plazo dispositivo.

A.1) Vicios de cantidad:

Tratando más a fondo los defectos de cantidad; nos encontramos con que existen en el Código de Comercio dos preceptos que tratan sobre el mismo: el art. 330 y el art. 336. El primero de ellos trata con detenimiento el derecho del comprador de no aceptar la entrega parcial de las mercancías pactadas; pudiendo no obstante aceptarlo sin que ello perjudicase su derecho a pedir el cumplimiento del total de la obligación o la rescisión del contrato que hubiera celebrado con el vendedor. Así pues, este artículo trata el supuesto de entrega parcial o, dicho de otro modo, de vicio de cantidad en las mercancías entregadas. Sin embargo, hay que tener presente que en este caso existe buena fe por parte del vendedor, quien pone en conocimiento del acreedor la falta existente en el objeto a través del medio que sea.

Ya en relación con el art. 336 C. Com.; podemos observar en su redacción que no existe buena fe por parte del vendedor; puesto que el mismo no indica nada en relación a la entrega parcial, provocando con ello la confianza en el comprador de que se había cumplido en su totalidad el contrato convenido.

A.2) Vicios de calidad:

Suponen estos vicios el simple hecho de que la calidad pactada del objeto en el contrato no se corresponde con la entregada. Debemos tener en cuenta, sin embargo, que este tipo de vicio no se trata de una prestación diversa; si no que aún tiene que ser la mercancía entregada de utilidad para el comprador y sin apartarse excesivamente de lo que en el contrato se había pactado. Es decir, debe ser un defecto menor, que no provoque la insatisfacción total del acreedor; lo que no niega su derecho a pedir compensación por los daños causados por los defectos existentes, ya que así lo establece el art. 336 C. Com. En ambos casos, tanto en los vicios de cantidad como en los de calidad, según dispone el art.336 C. Com.; si se diera disconformidad por parte del comprador en lo que respecta a las mercancías obtenidas, éste podrá escoger entre el cumplimiento total de la obligación o bien por la rescisión del contrato, dejándolo sin efectos; y pudiendo exigir al vendedor en ambos casos una indemnización de daños y perjuicios por los males causados. En lo que respecta a la fijación de los daños, ésta difiere en caso de que el comprador hubiese optado por una opción u otra.

B) Vicios ocultos:

Por otra parte, nos encontramos también con los vicios ocultos que pueden afectar a las mercancías objeto del contrato. Encontramos las mismas reguladas en el art. 342 C. Com., donde se establece que el plazo para su reclamación será de 30 días a partir del momento de entrega de las mismas. Dichos vicios deben constituirse como vicios graves, de carácter oculto y que existan antes de la puesta a disposición de las mercancías. Se considera oculto todo vicio que reúne los siguientes principios:

- 1.- Que el vicio consista en una anomalía por la cual se distingue la cosa que lo padece de las de su misma especie y calidad.
- 2.- Que el vicio sea anterior a la venta aunque su desarrollo sea posterior.
- 3.- Que el vicio no fuera conocido por el adquirente, ni cognoscible por la simple contemplación de la cosa, teniendo en cuenta la preparación técnica del sujeto.
- 4.- Que sea de tal naturaleza que haga la cosa impropia para el uso a que la destina o disminuya de tal modo este uso que de haberlo conocido el comprador no la hubiera adquirido o habría dado menos precio, es decir, que no sea inútil para todo uso, sino para aquél que motivó la adquisición.

En relación a estos vicios, deben de afectar de forma notable la función para la cual el comprador iba a destinar el objeto. Que sean de carácter oculto supondría que el comprador no sea capaz de percatarse de su existencia en el momento de la entrega; sino que deberá realizar un examen exhaustivo con posterioridad de las mercancías para poder observar los vicios que invaliden la cosa. En relación con el carácter oculto el art. 342 C. Com. se limita a establecer la responsabilidad del vendedor por los vicios internos de la cosa vendida, sin aportar ningún criterio que sirva para determinar cuándo se puede calificar a un vicio como oculto o no manifiesto, lo que nos obliga a acudir al art. 1484 C.C. que establece que el vendedor no será responsables “*de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos*”. De este precepto la doctrina científica y la jurisprudencia deducen que un vicio o defecto no es oculto cuando el comprador lo conocía en el momento de perfección del contrato o se trataba de un vicio o defecto susceptible de conocimiento por la simple contemplación o el comprador no podía ignorarlo por razón de su calificación profesional, de lo que se infiere que la determinación del carácter oculto de un vicio no puede determinarse a priori, sino que debe concretarse en cada caso concreto para lo cual es un factor determinante las consideraciones personales del comprador.

En segundo lugar, el vicio o defecto debe tener una cierta relevancia para el uso al que va destinada la cosa comprada, es decir, debe ser grave. Este requisito se entiende implícito en el art. 1484 C.C. cuando establece la responsabilidad del vendedor por aquellos vicios o defectos de la cosa que, de haberlos conocido el comprador “*no la habría adquirido o habría dado*

menos precio por ella”. De esta manera se evita que el comprador pueda proceder a la resolución del contrato en aquellos casos en los que el defecto sea de escasa relevancia, lo que, sin embargo, puede llevar a situaciones manifiestamente injustas en el caso de vicios o defectos leves ya que en tal hipótesis el vendedor estaría liberado de cualquier tipo de responsabilidad porque el requisito de gravedad se aplica en el caso de ejercicio de cualquiera de las acciones que el art. 1486 C.C. concede al comprador. Al comprador se le reconoce el derecho a utilizar las acciones previstas por el Código Civil en el plazo de 6 meses contados desde la entrega, entendiendo por tales, la acción *redhibitoria* (resolución de contrato o restitución de la cosa) o la acción *quanti minoris* (devolución de precio).

La acción redhibitoria tiene el carácter de acción resolutoria y tiene la función de liberar al comprador del contrato cuando se ha producido un vicio o defecto que hace a la cosa inútil para el fin al que estaba destinada. Los efectos del ejercicio de esta acción son, pues, los propios de la acción de resolución en la medida que en virtud de su ejercicio las partes vienen obligadas a la mutua restitución de las prestaciones realizadas, más los frutos y accesorios de las cosas. No cabe el ejercicio de esta acción en aquellos casos en que por cualquier hecho quepa presumir que el comprador ha aceptado el defecto o vicio de la cosa, como por ejemplo, puede ser el hecho que el comprador esté usando normalmente la cosa vendida. El art. 1486 C.C. une a esta acción la obligación de abonar *“los gastos que pagó el comprador”*, como acción distinta a la eventual acción de indemnización de daños y perjuicios que, en los términos que veremos más adelante podría asistir al comprador. Una y otra acción se diferencian por el hecho de que en el caso que ahora nos ocupa, el vendedor ha actuado de buena fe desconociendo o no debiendo haber conocido el vicio o defecto. Dentro de estos gastos que se deben abonar al comprador hay que entender los gastos ordinarios unidos al contrato, como por ejemplo, los honorarios de intermediarios, notariales, fiscales, derechos registrales, transportes, embalajes, etc. Este es un concepto análogo al de coste de cobro que se utiliza en el art. 8 Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de lucha contra la morosidad.

Si atendemos a la literalidad del art. 1486 C.C., el comprador sólo podría acumular a estas acciones la acción de indemnización de daños y perjuicios en aquellos supuestos en que el vendedor conocía los vicios o defectos y no los manifestó. Sin embargo, este precepto ha sido objeto de interpretación por parte tanto de la doctrina científica como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de forma que se admite pacíficamente que procederá esta acción cuando se den los presupuestos generales para la aplicación de la misma, con independencia que el vendedor conociera o no los defectos. En este sentido la *STS de 31 de diciembre de 1998* dice que *“el incumplimiento (...) es “per se” un daño, un perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que las controversias de los contratantes no tienen ninguna repercusión”*. No obstante esto, los daños deben ser alegados y probados por la parte que los exige, no siendo suficiente la mera prueba del incumplimiento contractual para su cuantificación.

Por su parte la acción estimatoria o *quanti minoris* no es una acción resolutoria, pues el contrato subsiste en todos sus extremos, salvo en lo relativo al precio respecto del cual se opera una reducción del mismo que trata de compensar la pérdida económica que para el comprador puede suponer la aceptación de la cosa con el defecto o vicio de que se trate. Tiene, pues, un contenido prominentemente indemnizatorio, de ahí que la *STS de 21 de junio de 2007* haya establecido la incompatibilidad de la acumulación de esta acción con la de daños y perjuicios. Según esta doctrina, la indemnización *“solo resulta compatible si se opta por el ejercicio de la acción resolutoria (redhibitoria), pero no cuando la opción elegida es la estimatoria o quanti minoris, dirigida únicamente a restablecer el equilibrio contractual mediante una rebaja en el precio”*. Sin embargo debemos recordar que cuando el defecto es de tal entidad que afecta notablemente el régimen de los vicios ocultos, nos situamos ya en el supuesto de incumplimiento por prestación diversa o *aliud pro alio*, ya que la cosa es absolutamente inhábil para la finalidad a la que estaba destinada. En la *STS de 29 de junio de 2005* se deja implícito

este límite cuando la misma sentencia determina que el vicio “*ha de ser de tal naturaleza que haga la cosa impropia para el uso a la que la destina o disminuya de tal modo ese uso, que de haberlo conocido el comprador no lo hubiera adquirido o habría dado menosprecio, es decir, que no se trata de que sea inútil para todo uso, sino para aquél que motivo la adquisición, si nada se hubiere pactado sobre el destino, debiendo entenderse que la cosa fue comprada para aplicarla al uso más conforme con su naturaleza y más en armonía con la actividad a que se dedicaba el adquirente*”.

Finalmente, el hecho de que deban existir antes de la puesta a disposición de las mercancías, se debe simplemente al motivo de que en las actuaciones debe mediar buena fe por quien denuncia. Es decir, en caso de que los vicios tengan lugar con posterioridad a la entrega, la buena fe del comprador se vería reducida en cierto modo; además del hecho de que una vez se haga entrega del objeto por parte del vendedor al comprador, será este último el que convierta en pleno responsable de lo que le ocurra a las mercancías, terminando la responsabilidad del vendedor con respecto a los daños que pueda sufrir el objeto en el momento en que el comprador recibe el mismo.

Así, el momento relevante para la existencia del vicio que el art. 342 establece será el de la entrega de la cosa. Esta solución del C. Com., constituye una especialidad frente al derecho civil que se justifica por una variedad de razones. En primer lugar, porque la determinación del momento relevante de la existencia del vicio es una aplicación de la doctrina del riesgo que, como ya sabemos, en el ámbito mercantil se sitúa precisamente en la entrega o, en su caso, en la puesta a disposición, frente al criterio del C.C. que lo sitúa en el de perfección del contrato. Y en segundo lugar, porque la entrega, entendida como acto bilateral que requiere puesta a disposición y recepción, es el momento que va a permitir al comprador el examen de la cosa vendida. Esta conexión entre el momento en que debe existir el vicio y el examen de la cosa pone de manifiesto la irrelevancia de distinguir en esta materia entre compraventa mercantil de cosa genérica o de cosa específica, ya que tanto en un caso como en otro el examen del comprador no se va a producir hasta la consumación de la entrega con la recepción. El plazo de denuncia, que seguirá teniendo carácter dispositivo, continuará siendo breve; pero ampliándose en este caso a 30 días desde el momento de la entrega.

En cuanto a la prueba del vicio o defecto oculto, corresponde al comprador no sólo la carga de la prueba de la existencia del vicio, sino además de su existencia en el momento de entrega. No existe en el C. Com. una presunción a favor de que el defecto ya existiera en el momento de entrega, como en cambio sí sucede en el ámbito de la Ley de 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, en la cual el art. 9.1 en su segundo párrafo establece que salvo prueba en contrario “*se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del bien o la índole de la falta de conformidad*”. La denuncia de los vicios constituye presupuesto necesario para la aplicación de este régimen de responsabilidad, mientras que el examen de las mercaderías es, a su vez, presupuesto para aquella. El art. 336 C. Com. contempla dos supuestos distintos de examen de las mercaderías: uno, a instancia del comprador y, el otro, del vendedor. En cualquier caso el examen de las mercaderías no puede suponer ninguna liberación para el vendedor, ya que atendiendo a su naturaleza, el vicio no se puede manifestar en un simple examen, de lo contrario no sería un vicio oculto, sino aparente.

Realizado el examen, procede la inmediata denuncia en el plazo de 30 días a contar desde la entrega de las cosas vendidas. La necesidad de denuncia se ha justificado, como especialidad mercantil, en razón de las concretas exigencias del tráfico económico profesional, que en este caso se concretaría en el interés del vendedor en una rápida conclusión de la relación jurídica que le libere los activos financieros necesarios para poder seguir desarrollando su actividad. La falta de denuncia determina que el comprador pierde su derecho a ejercitar las correspondientes acciones redhibitoria y estimatoria (art. 1486 C.C.). Sin embargo en la práctica de nuestros

tribunales el rigor de este breve plazo de denuncia y también el de 6 meses para el posterior ejercicio de las acciones, se atempera por la interpretación extensiva que hace la jurisprudencia de la doctrina del *aliud pro alio*. En cuanto a la forma no se exige ninguna especial, por lo que ésta se podrá efectuar a través de cualquier medio. En este sentido, se aprecia en la última jurisprudencia una decidida tendencia a favor de una interpretación generosa en relación a la forma de realizar la denuncia. En cualquier caso, dada las trascendentales consecuencias que se vinculan al mismo es aconsejable que se realice por aquel medio que permita dejar constancia fehaciente de la realización de la denuncia.

3.3.3. Prestación de cosa diversa o *aliud pro alio*:

Una vez que el vicio o defecto se considera o no oculto, el siguiente paso consiste en determinar qué se entiende por vicio o defecto, sobre lo que los arts. 336 y 342 C. Com. no han aclarado gran cosa, siendo más bien el origen del confusionismo que sobre este tema ha predominado en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país.

En relación con esos preceptos se debate, en primer lugar, si en el art. 336 C. Com. se contempla o no el supuesto de prestación diversa o cosa distinta; también denominado como *aliud pro alio*. Para una parte de la doctrina, el art. 336 C. Com. integraría los casos de vicio o defecto de cantidad o calidad, sean o no supuestos de prestación diversa. Para otros, en cambio, el citado precepto excluiría los casos de vicio o defecto que supusieran prestación diversa, puesto que en ese caso se aplicaría el art. 1124 C.C. y no el art 336 C. Com., posición que será la que permita que los tribunales puedan introducir factores de corrección de justicia material a través de una interpretación extensiva de los supuestos de hecho que pueden ser considerados como prestación diversa o *aliud pro alio*. En relación a su distinción con los vicios ocultos, deben concurrir las siguientes características:

- 1.- Que la cosa entregada contenga elementos diametralmente diferentes a la pactada.
- 2.- Que la cosa resulte totalmente inhábil para el uso a que hubiera sido destinada, haciéndola inservible y frustrando el objeto del contrato.
- 3.- Que el comprador quede objetivamente insatisfecho por ser imposible el aprovechamiento de la cosa comprada.

Con carácter general, se produce una situación de *aliud pro alio* en el momento en el que el vendedor entrega una cosa distinta a la pactada al comprador. Por otra parte, en relación a la compraventa con consumidores, estos tienen ciertos derechos en relación a las mercancías que presentan los vicios. Así, contendría este apartado el derecho a la sustitución o reparación del bien, el derecho a la rebaja del precio o la resolución del contrato, y el derecho a la indemnización de daños y perjuicios. El plazo en los casos de compraventa con consumidores sería de dos años para manifestar su falta de conformidad, pudiendo pactar un plazo menor que no obstante nunca deberá bajar de 1 año.

Así mismo, deberá el consumidor informar de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de la misma; teniendo por ello las acciones del consumidor un plazo de prescripción de tres años. Por otra parte, ni la doctrina ni la jurisprudencia han llegado a alcanzar una opinión común en relación con la propia delimitación de los distintos supuestos de hecho y a la reconducción de éstos a las distintas categorías básicas de responsabilidad (incumplimiento y saneamiento). Así, se ha discutido si los vicios y los defectos de calidad o cantidad constituyen una misma categoría.

Desde una concepción estricta del vicio debemos ser capaces de diferenciar entre los simples defectos de calidad o cantidad y los vicios ocultos. Los primeros supondrían una mera desviación entre la calidad o cantidad pactada y la entregada, mientras que el vicio alude a aquellos defectos que tuviere la cosa y que la hacen impropia para el uso que se la destina. El objetivo de distinguir uno y otro supuesto es la aplicación de un distinto régimen para los

defectos de calidad y para los vicios ocultos, de forma que solamente los primeros constituirían un supuesto de prestación diversa o *aliud por alio* y, por tanto, de incumplimiento. Pero esto no sucede en la práctica donde nos encontramos con jurisprudencia apoyada por importantes sectores de la doctrina, que aun partiendo de esta distinción llegan a la conclusión de que tanto los defectos de calidad como los vicios ocultos constituyen un supuesto de saneamiento y no de incumplimiento, lo que supone que entre estos autores y los que identifican vicio y defecto de calidad como un supuesto distinto al incumplimiento, no haya diferencias de aplicación normativa.

Esta situación de confusionismo se supera gracias a la interpretación que se propone desde otros sectores doctrinales y que consiste en unificar todos los supuestos de en una única categoría de falta de conformidad que se diferenciaría del régimen de incumplimiento por el carácter oculto de tales defectos o vicios. Para esta doctrina la única obligación principal que incumbe al vendedor es la entrega de la cosa en los términos proyectados en el contrato, de modo que el saneamiento no es una obligación distinta, ni accesoria de la entrega, sino una modalidad de incumplimiento de la obligación de entrega. Para esta doctrina la finalidad de los arts. 1484 y ss. C.C. no es sino extender la protección de los arts. 1124 y 116 C.C., si bien modificando dicho régimen en función precisamente del carácter oculto del vicio o defecto.

Por tanto, lo esencial no es diferenciar entre prestación viciada o distinta, sino si hay o no entrega que libere al vendedor y satisfaga el interés del comprador por corresponder lo entregado con lo pactado, llevándose cualquier supuesto contrario al concepto de falta de conformidad o incumplimiento en sentido amplio, sin perjuicio de que dentro de éste se mantengan regímenes de responsabilidad distintos, tanto respecto de los plazos para denuncia y ejercicio de acciones como respecto de las acciones mismas, aplicándose el general del incumplimiento (15 años art. 1124 C.C.) o el especial del saneamiento (30 días para la denuncia y 6 meses para el ejercicio de las acciones, art.1484 C.C.) en función de que sea manifiesta u oculta la disconformidad entre lo pactado y lo entregado. El punto de partida para la interpretación de los arts. 336 y 342 C. Com. ha sido que ambos contemplan el incumplimiento de una misma obligación, la de entrega, la cual se diferencia de regímenes sancionadores que se prevén en uno y otro artículo y que responde, no a la diferenciación entre prestación diversa y prestación viciada o defectuosa, que el propio art. 336 C. Com. equipara,, sino entre diversidad oculta y manifiesta entre lo pactado y lo entregado.

En relación a la forma de la denuncia, el C. Com. no establece ningún procedimiento especial para ello, pudiéndose realizar a través de cualquier mecanismo o forma que deje constancia de la fecha. Puede ser a través de una manifestación en el propio albarán de entrega, pero puede ser también a través de cualquier tipo de requerimiento siempre y cuando se deje constancia indubitada de la fecha. No obstante la coherencia en la que se basa este planteamiento, no es suficiente para resolver los problemas de justicia material con los que se encuentran los tribunales españoles a la hora de decidir la aplicación de una u otra modalidad de incumplimiento. La práctica ha puesto de manifiesto que los brevísimos plazos de denuncia de los vicios (30 días) y de posterior ejercicio de las acciones (6 meses) no constituyen un sistema adecuado de protección aún para la compraventa mercantil, ya que en muchos casos cuando el comprador pretende el ejercicio de sus acciones puede encontrarse que las mismas no pueden prosperar por el transcurso del tiempo, lo que a la vista de todos los elementos que integran el supuesto de hecho puede resultar una solución contraria a los principios de justicia material.

De ahí que en la jurisprudencia de los últimos años haya ido dejando de lado las cuestiones relacionadas con la distinción de supuestos para proceder de hecho a una unificación de todos ellos y estableciendo como criterio delimitador de una y otra modalidad de incumplimiento la doctrina de la inhabilidad total de la cosa, ya se trate de una compraventa civil o mercantil.

Desde la STS de 23 de marzo de 1982 se ha ido consolidando la doctrina que extiende la teoría de la inhabilidad del objeto también a las compraventas mercantiles. Según esta doctrina “se

estará en la hipótesis de entrega de cosa distinta o “aliud pro alio” cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción total del comprador”. La STS de 5 de noviembre de 1993 expone más profundamente los aspectos que han caracterizado a esta doctrina en el ámbito de la compraventa civil señalándose que “la reiterada doctrina jurisprudencial relativa al concepto y distinción entre vicios ocultos y pretensión y prestación distinta, a tenor de la cual, puede quedar establecida dicha distinción partiendo de una doble hipótesis, que habría de definir la existencia de la pretensión diversa como la entrega de una cosa distinta a la pactada, y como el incumplimiento por inhabilidad del objeto o por insatisfacción del comprador (...); el primer supuesto concurre cuando la cosa entregada contiene elementos diametralmente diferentes a los de la pactada (...); para el segundo caso se hace necesario que el objeto entregado resulte totalmente inhábil para el uso a que va destinado o que, el comprador quede objetivamente insatisfecho; inutilidad absoluta que debe hacer inservible la entrega efectuada, hasta el punto de frustrar el objeto del contrato o insatisfacción objetiva del comprador, que no constituye un elemento aislado, ni puede dejarse a su arbitrio, debiendo estar referido a la propia naturaleza y al uso normal de la cosa comprada, que haga de todo punto imposible su aprovechamiento.”

Por tanto, se aprecia que en el ámbito jurisprudencial la principal cuestión en torno al incumplimiento por parte del vendedor no lo constituye la tradicional distinción entre vicios, defectos de calidad o cantidad y prestación diversa o *aliud pro alio*; sino que nuestra jurisprudencia, tanto para las compraventas civiles como las mercantiles, se ha centrado en alcanzar una interpretación flexible y amplia de lo que debe de entenderse por prestación diversa o *aliud pro alio*, de forma que se pudiera reconducir a esa categoría supuestos de hecho que en una estricta aplicación conceptual es muy probable que constituyera un supuesto de vicio o defecto oculto, pero que de hacerse así plantearía un problema de justicia material porque dada la brevedad de los plazos previstos para el saneamiento de estos vicios, la mayor parte de las veces el comprador carecería de acción por el transcurso del mismo. En la STS de 20 de noviembre de 1991 se apunta a la dificultad de la necesaria e imprescindible tarea de los tribunales de distinguir entre vicio de calidad constitutivo de prestación diversa y vicio de calidad constitutivo de prestación defectuosa que enfrentaría el incumplimiento total al mal cumplimiento.

Esta preocupación de la jurisprudencia se conecta en alguna medida con la evolución legislativa en los ordenamientos más modernos inspiradas en el principio de política jurídica de establecer unos plazos razonables para que el comprador pueda denunciar los vicios o defectos ocultos de la cosa, ya se trate de un compraventa civil o mercantil, pues en esto han coincidido las últimas reformas en uno y otro ámbito. Todo esto pone de manifiesto que estamos en un proceso de revisión de las razones de seguridad y rapidez que tradicionalmente han servido para justificar esta especialidad mercantil frente al derecho civil, las cuales han sido superadas por la realidad social económica y tecnológica en la que los preceptos del C. Com. deben aplicarse.

En cuanto a los efectos de la denuncia, el C. Com. dispone un tratamiento diferente para el caso de que los vicios sean aparentes o sean ocultos. De forma conjunta podemos establecer que la denuncia produce siempre el efecto de que el comprador conserva la acción para reclamar contra el vendedor, generándose el llamado “*requisito previo conservativo*”. Por su parte, la prueba y acreditación de los vicios corresponde al comprador, por aplicación de la doctrina general de la carga de la prueba.

El tratamiento del incumplimiento del vendedor en el C. Com. está articulado, siguiendo la posición tradicional romanista, sobre la base de distinguir las dos obligaciones del vendedor a las que nos hemos referido anteriormente: la obligación de entrega y la de garantía o saneamiento por vicios o defectos ocultos. De esta forma la falta de entrega (incluyendo la entrega extemporánea), la entrega de menor cantidad de la pactada o la entrega de una cosa distinta de la pactada (prestación diversa o *aliud pro alio*) constituye un incumplimiento de la obligación de entrega. Por su parte cuando se verifica la entrega pero la cosa entregada adolece

de algún defecto o vicio oculto, se trata de un incumplimiento de la obligación de garantía que tiene como objetivo asegurar al comprador la posesión de una cosa que sirva para el fin al que está destinada (saneamiento por vicios o defectos ocultos).

En la doctrina tradicional estas dos modalidades de incumplimiento se explicaban sobre la base de que en el primer caso (incumplimiento de la obligación de entrega) se produce un incumplimiento del contrato, mientras que en el segundo hay entrega de la cosa vendida, pero con un defecto o vicio oculto, por lo que no hay falta de cumplimiento sino “*mal cumplimiento*” de la obligación de entrega. La consideración de un supuesto de hecho dentro de una u otra categoría de incumplimiento lleva consigo la aplicación de un distinto régimen jurídico, lo que en la praxis de nuestros tribunales de justicia se ha convertido en una cuestión central y recurrente dada las enormes diferencias que (injustificadamente) separan una y otra modalidad de incumplimiento y que se concreta fundamentalmente en dos aspectos trascendentales: uno el plazo para la realización de la denuncia y posterior ejercicio de acciones y, otro, el contenido de estas acciones. En los supuestos de saneamiento por vicios ocultos el comprador dispone de un brevísimo plazo de 30 días para denunciar la existencia del vicio, debiendo ejercitar las acciones en un plazo máximo de 6 meses (art. 1490 C.C.). En cambio en los supuestos de incumplimiento no hay previsión de denuncia previa y los plazos para entablar las acciones se amplían hasta los 15 años (art. 1964 C.C.). Por su parte en cuanto al contenido de las acciones en el caso de saneamiento la doctrina y jurisprudencia mayoritaria considera que asisten al comprador las acciones edilicias del art. 1486 C.C., es decir, la redhibitoria y la estimatoria o *quantum minoris*, mientras que en el régimen general de incumplimiento asisten al comprador las acciones de cumplimiento y resolutoria (art. 1124 C.C.)

Esta gran diferencia de plazos entre una y otra modalidad de incumplimiento (30 días frente a 15 años) unido al paulatino aumento de la complejidad del objeto de las compraventas mercantiles, no solo por la propia naturaleza de las cosas objeto de dicho contrato, sino también por el elemento internacional que muchas veces aparece en las compraventas mercantiles, ha puesto de manifiesto que los brevísimos plazos para la denuncia de los vicios (30 días) y para el posterior ejercicio de las acciones (6 meses) plantean en muchos supuestos de hecho problemas de justicia material ya que en no pocas ocasiones el comprador carece de acción contra el vendedor por el transcurso de los mismos. En la actualidad el marco de relaciones entre una y otra modalidad de incumplimiento se está construyendo sobre los inseguros cimientos, pero tal vez con resultados prácticos más justos, que ofrece la interpretación extensiva de los supuestos de prestación diversa o *aliud pro alio* que permite acudir al régimen general del incumplimiento no sólo cuando no se entrega la cosa pactada o se entrega una diferente, sino también cuando la cosa entregada presenta defectos de tal relevancia que resulta inhábil para el uso a que va destinada, al margen del carácter oculto del vicio o defecto. En este sentido encontramos la *STS de 17 de julio de 2000* que determina que “*la entidad de los defectos del producto (...) entregado era de tal calibre que, trasciende del vicio oculto, referido a la compraventa y de la disciplina de los artículos 336 y 342 del Código de Comercio, para entrar de lleno en lo que constituye un “aliud pro alio”, integrador de un incumplimiento absoluto y total de la prestación, sustancialmente distinto a la mera presencia de vicios*”.

En la actualidad, pues, el problema interpretativo en las compraventas mercantiles consiste en la dificultad de distinguir cuando nos encontramos ante un supuesto de prestación diversa (incumplimiento) y no ante un supuesto de vicios o defectos ocultos (saneamiento), para lo que se utiliza el criterio de la inhabilidad de la cosa para el fin al que va destinada, al margen del carácter oculto o no del vicio o defecto, lo que en definitiva remite a la valoración del defecto o vicio en cada caso concreto. A pesar de que esto supone la introducción de un importante factor de corrección de los problemas de justicia material a los que puede conducir nuestra legislación vigente, sin embargo no implica una equiparación absoluta con lo que es el tratamiento moderno de estas cuestiones en las legislaciones más evolucionadas, como la Convención de Viena o nuestra Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, ya que todavía subsisten dos diferencias fundamentales con respecto a esas normativas: una que se

refiere a que en esas acciones se modulan distintas acciones para reaccionar ante los incumplimiento dependiendo de que sea esencial o no y, otra, la reunificación de todos los plazos (2 años) para el ejercicio de cualquiera de las acciones por incumplimiento y cualquiera que sea la entidad del mismo.

En lo que respecta al incumplimiento de la obligación de entrega, el art. 329 C. Com. dispone que « *si el comprador no entregare en el plazo estipulado los efectos vendidos, podrá el comprador pedir el cumplimiento o la rescisión del contrato con indemnización, en uno y otro caso, de los perjuicios que se le hayan irrogado por la tardanza*». A diferencia del derecho civil, este precepto del C. Com. no exige incumplimiento culpable o doloso de la obligación de entrega del vendedor, basta con que ésta no se verifique para que nazca el derecho del comprador a exigir el cumplimiento o la resolución del contrato y en cualquiera de las dos opciones la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Este tipo de responsabilidad del vendedor deriva del carácter esencial que en el ámbito mercantil tiene la fijación de plazos o términos para el cumplimiento de las obligaciones. Con respecto a la concesión de plazos suplementarios para el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, dicha posibilidad no plantea en nuestro ordenamiento ninguna dificultad; al permitirse que el comprador acepte el retraso de la entrega de las mercancías.

3.4. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD Y DE LOS RIEGOS:

Junto a las obligaciones de la compraventa, se encuentra la transmisión del riesgo o riesgos que surgen motivados por la diferenciación entre el momento de la perfección del contrato y el momento de la entrega de la cosa vendida. Se hace necesario determinar, a quien corresponden los riesgos por pérdida de la cosa en ese periodo que media entre la perfección del contrato y la transmisión del bien. Ha de recordarse a estos efectos, que la compraventa no es un contrato traslativo de dominio, la compraventa en derecho español es un contrato obligatorio, que genera obligaciones para las partes, transmitiéndose el dominio del objeto con su entrega.

En principio la pérdida de la cosa, se produce para el propietario, por lo que en principio, las cosas deberían perderse para el vendedor. Sin embargo, la situación es un tanto más compleja. Establece el art 331 C. Com., que 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, es decir, será de cargo del vendedor, o lo que es lo mismo, que la transmisión de los riesgos tiene lugar cuando se entrega la cosa. Sin embargo, esta afirmación del 331, aparece modulada por la aplicación del 333, el cual precisa que los daños y menoscabos de las mercancías teniendo el vendedor los efectos a disposición del comprador en el lugar y tiempo convenidos, serán de cuenta del comprado, excepto en el caso de dolo o negligencia del vendedor. Es decir, mientras que el 331 parece transmitir los riesgos en el momento de la entrega, el 333 modula o concreta esa obligación en el hecho de que los productos estén a disposición del comprador, aun cuando no se hubiera hecho entrega material de la misma, si están a disposición del comprador en el lugar y forma pactados, el riesgo se atribuye al comprador. Ello en la medida, en la que la entrega depende de un comportamiento del vendedor, poniéndolo a disposición, y de otro del comprador recogiendo la cosa. Cuando el vendedor lo ha puesto a disposición del vendedor, se entiende que ha cumplido con la obligación de entrega, y por tanto se trasladan los riesgos al comprador. Este régimen general que traslada los riesgos en el momento de la puesta a disposición, en la compraventa civil los riesgos se trasladan en el momento de la entrega material, tiene no obstante tres excepciones previstas en el 334, en las que siempre responderá el vendedor, aun por caso fortuito:

- En primer lugar responderá el vendedor cuando se trate de bienes fungibles, cosas genéricas, vendidas por peso o medida.
- En segundo lugar responderá el vendedor cuando el comprador tenga la facultad de reconocer y examinar con carácter previo la cosa vendida.

- En tercer lugar, responderá el vendedor en los supuestos de venta de cosa futura, en los que la transmisión no se produce hasta que la cosa tenga las calidades dispuestas.

Este momento de transmisión puede generar algunas dudas interpretativas, en los fenómenos de grandes superficies de venta en régimen de autoservicio. Si la transmisión del riesgo se produce en el momento de la puesta a disposición, y el comprador va adquiriendo, aprehendiendo materialmente de los estantes los productos que se ponen a su disposición, si la transmisión del riesgo se produce en ese momento, y además aquí no solo habría puesta a disposición, sino que habría entrega.

4. LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES:

Como categoría especial, que así mismo se encuentra con una protección aparte; nos encontramos con los contratos con consumidores. El ámbito subjetivo de estos contratos se centra en las relaciones contractuales que puedan darse entre una parte más fuerte y con mayor poder, como serían los empresarios; y una parte más débil y que necesita mayores garantías, como serían los consumidores. Es por este motivo por el que se han dado a llamar relaciones de carácter vertical las que existen entre estos dos sujetos; procurando el derecho de consumo actuar como una herramienta de naturaleza horizontal.

Al tener una naturaleza tan específica, estas relaciones debían tener una ley propia que las amparase. Esto se debe a la separación que el derecho de los consumidores ha sufrido con respecto al derecho civil y al mercantil; surgiendo como una nueva rama aparte del ordenamiento; permitiendo que las otras dos se constituyan como derecho supletorio. Así, en lo relativo a esta tipología contractual, debemos centrarnos en Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; pues será ésta la que nos indique todo lo relativo a la relación entre empresario y consumidor. Debemos discernir, en un primer momento, lo que se considera por esta ley como consumidor y como empresario⁴. Se trata, básicamente, de quien realiza una actividad empresarial, ya sea una persona pública o privada

En relación al concepto de consumidor, lo encontramos regulado en el art. 3 de la citada Ley, que los define como *“las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”*. Con ello, consumidor será quien ejerza la función de destinatario final de los bienes, actuando en un ámbito ajeno a una actividad profesional o empresarial. No será consumidor, pues, quien adquiriendo el producto con o sin transformación posterior reintroducen en el mercado el producto o servicio; no siendo por ello el destinatario final de los mismos. Este concepto se complica a la hora de tratar los consumos mixtos; lo cual soluciona la ley autónoma cántabra al integrar en el supuesto el criterio de la actividad principal; por el cual dependiendo de cómo actúe esencialmente en el mercado, se considerará o no consumidor al adquirente de los productos o servicios.

A su vez, las personas jurídicas también pueden ser consumidoras, aunque para ello no deben tener ánimo de lucro, delimitándolo a las asociaciones y fundaciones; exceptuando al caso del crédito al consumo, donde ninguna persona jurídica puede ser consumidora. En caso de que la persona jurídica adquiera productos para un uso familiar, que normalmente se procura para su empresa, se le consideraría consumidor. No ocurre esto en aquellos casos en los que la persona jurídica, dentro de su actividad empresarial, adquiere bienes no directamente relacionados con la misma. Nos encontramos por último con la figura del bystander; el cual es aquél perjudicado no

⁴ Con respecto al último, lo recoge el art. 4 TRDCU, donde se establece que *“se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”*.

consumidor por un producto defectuoso que produce daños a la persona misma o sobre otros bienes de la misma. Esto se debe a la concepción de consumidor como aquella persona que adquiere, utiliza o disfruta de los bienes adquiridos, sin necesidad de que sea quien celebra el negocio jurídico. Tras ver lo que se entiende por consumidor, debemos atender también a los derechos que asisten a esta figura y que se encuentran recogidos en el art. 8 TRDCU⁵. Estos derechos son irrenunciables por parte de los consumidores y usuarios, tal y como marca el art. 10 de la citada ley.

4.1. EL DERECHO DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL:

Aunque todos ellos sean importantes, como el derecho a la protección de la salud, el cual supone la obligación de procurar que los productos vendidos no produzcan ningún tipo de daño; resaltamos el derecho a la información. Este derecho se concreta fundamentalmente en la obligación del empresario de informar previamente a la celebración del contrato sobre el servicio o la adquisición del bien o producto que es de interés para el consumidor; así como sobre los derechos que asisten al mismo. El art. 18.2 TRDCU determina que:

“Sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, acompañar o, en último caso, permitir de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, en particular sobre las siguientes:

- a) Nombre y dirección completa del productor.*
- b) Naturaleza, composición y finalidad.*
- c) Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial, si la tienen.*
- d) Fecha de producción o suministro y lote, cuando sea exigible reglamentariamente, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad.*
- e) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles.”*

Este precepto se refiere, en primer lugar, al momento en que los bienes o servicios se incorporan al mercado, cuando se ponen a disposición de los consumidores y usuarios. Por otra parte, este derecho impone una obligación para el empresario de salvaguardar el derecho mismo. Este derecho de información implica poner a disposición del consumidor, de forma clara, comprensible y adaptada a sus circunstancias personales, información relevante, de forma personalizada y con carácter gratuito. Así, el artículo establece los requisitos formales del derecho a la información; que serán:

- Veracidad: Debe ajustarse a la realidad de los bienes y servicios.
- Relevancia: Idónea para conocer las características esenciales de los bienes o servicios.
- Suficiente: Que contenga la información necesaria para ser eficaz.

⁵ El cual establece que:

“Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

- a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.*
- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.*
- c) La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.*
- d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.*
- e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.*
- f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.”*

El deber de información previa al contrato se contiene en el art. 60, donde se recoge todos los requisitos sobre los cuales el empresario debe dar información. Dado que la fase precontractual se conforma mediante la publicidad, es necesario diferenciar la obligación precontractual de información con la finalidad informativa que presenta la publicidad. Para ello podemos fijarnos en los siguientes aspectos:

1.- Por su contenido y finalidad: Mientras que la obligación de información lo que pretende es facilitar al consumidor los conocimientos necesarios sobre las características del producto o servicio; la publicidad intenta por su parte promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.

2.- Por su objetividad: Este requisito solamente se exige en relación a la obligación de información, tal y como aparece en el art. 60.

3.- Por su naturaleza: La información es una obligación que tiene todo empresario que dispone un producto en el mercado; siendo por contrapartida un derecho del consumidor. Por su parte, la publicidad no es una obligación de los empresarios, sino más bien un derecho que se le ha concedido.

4.- Por sus destinatarios: En la información se trata de aquellos interesados en adquirir el producto; mientras que en el caso de la publicidad son el público en general.

5.- Por el ámbito de protección: En el caso de la obligación de información, ésta protege al consumidor cuando adquiere el bien, en cuanto le permite prestar su consentimiento teniendo en cuenta la información recibida. Sin embargo, en el caso de la publicidad, aunque protegen también a los consumidores; protegen a los empresarios entre sí al haber una consideración de la publicidad engañosa y desleal.

El art. 61 TRDCU trata por su parte la obligación de integrar la publicidad en el contrato; lo cual pretende que sea de todo punto imposible para el vendedor anunciar un bien o servicio para, con posterioridad, entregar otra cosa distinta sin preocuparse de que el consumidor pudiera ejercer acción alguna contra él. Es por ello exigible por parte de los consumidores y usuarios el contenido mostrado en la publicidad en lo relativo a las características, la naturaleza y la finalidad de los bienes o servicios anunciados; al igual que con las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.

4.2. CONDICIONES GENERALES Y CLÁUSULAS ABUSIVAS:

Una vez se ha procedido ya a la contratación, continúa la protección que el ordenamiento le ha otorgado al consumidor; ya que en la actualidad la contratación en masa ha provocado que los contratos se encuentren prefijados, impidiendo a los consumidores y usuarios hacer cambios esenciales, siendo su aceptación meramente formal con respecto a los bienes y al precio de los mismos. Todo ello ha llevado a la creación por parte del empresario de una serie de cláusulas abusivas debido a imposibilidad del consumidor de modificar las mismas por medio de la negociación, creando con ello un visible desequilibrio entre las partes. Así, surge en nuestro ordenamiento una figura creada por motivos de rapidez, necesidad de racionalización y que permitan el ahorro económico: las condiciones generales de contratación.

Ciertas condiciones generales se tornan en cláusulas abusivas por diferentes razones, provocando en ello una desigualdad en la relación entre empresario y consumidor. No existe sin embargo una lista cerrada de cuáles serían estas condiciones; aunque el catálogo que señala el art. 82 y ss. TRDCU da una idea interpretativa al respecto. Señala este precepto que se considerará como cláusula abusiva *“todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*, sin que se pueda considerar no abusiva por el simple hecho de que una cláusula aislada o ciertos elementos de ella se hayan negociado individualmente. Sin embargo, debemos acudir a la Ley de

Condiciones Generales de Contratación (que amplía el concepto de sujeto protegido ya no solo a los consumidores y usuarios; sino también a los empresarios adherentes) para delimitar el concepto de condiciones generales; siendo el art. 1 de la misma el que establece que “*son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*”.

Por ello, para llegar a considerar una cláusula como condición general, deben concurrir los siguientes requisitos:

1.- Deben ser condiciones predispuestas, es decir, su redacción debe ser previa a la celebración del contrato.

2.- Deben ser impuestas, obligando al adherente (consumidor o usuario o empresario) sin que quepa modificación sustancial de las mismas. Este requisito para varios autores supone la desaparición de la autonomía de la voluntad; aunque se entiende que todavía quedaría un reducto de libertad, cual es la opción del adherente de no firmar.

Este requisito aparece precisado en el segundo párrafo del anteriormente citado art. 1 de la LCGC, donde dice que vuelve a repetir la idea ya expuesta de que aunque algunos elementos de las condiciones hubieran sido negociados de forma individual, ello no excluye la aplicación de la ley si en una apreciación global del acuerdo se entiende que nos encontramos ante un contrato de adhesión.

3.- Por último, las condiciones deben ser uniformes; lo que conlleva a la contratación en masa al ser las cláusulas idénticas para todos los adherentes, pues se utilizan para todos los contratos de la misma clase.

Para que el consentimiento del adherente sea real y auténtico, sin que quepa ningún tipo de influencia; es exigible el cumplimiento de dos tipos de requisitos a la hora de elaborar las condiciones generales. Serían:

A) *Requisitos de información:* Debe existir una referencia expresa en el contrato hacia las mismas; así como una aceptación por parte del adherente, sin que quepa ésta en el caso de que el predisponente no hubiese informado con anterioridad la existencia de las condiciones generales y no hubiese facilitado un ejemplar de las mismas, debiéndose dar ambos requisitos de forma cumulativa.

De no formalizarse el contrato por escrito, será suficiente con que el predisponente anuncie las condiciones generales en el establecimiento o que use otra forma que permita el conocimiento de las condiciones.

B) *Requisitos de redacción:* La redacción de las condiciones generales debe ajustarse a criterios de transparencia, claridad, sencillez y concreción, buscando con ello evitar el fenómeno de la letra pequeña, siendo la sanción por su vulneración la no incorporación de aquellas cláusulas que infrinjan los ya citados elementos, no permitiendo por ende la legibilidad de las condiciones generales.

Ante el incumplimiento de los citados requisitos, el adherente dispone de una serie de acciones, que se dividen en individuales o colectivas y que la ley ha marcado que no pueden acumularse entre sí.

4.2.1. Acciones individuales:

Nos encontramos en este caso ante la no incorporación de las cláusulas al contrato y la nulidad de pleno derecho del mismo; siendo las acciones que puede ejercitar el adherente a la hora de proteger sus intereses legítimos concretos. En relación a la no incorporación, lo que el adherente pretende con ello es la no inclusión de una determinada cláusula en el contrato que vaya formalmente en contra de la ley.

Por su parte, la acción de nulidad supone la declaración de invalidez de aquellas cláusulas que materialmente incumplen la legislación, persiguiendo en este caso aquellas cláusulas que sean materialmente abusivas. Pretende, pues, que se establezca la ineficacia retroactiva del contrato. Para ello las cláusulas deben haber infringido una norma de carácter imperativo o prohibitivo; o en su caso no contener uno de los elementos esenciales del contrato. Responde a la necesidad de eliminar del contrato en el que se encuentre aquella condición general de contratación que, en perjuicio del adherente, contradiga lo dispuesto en la LCGC o en otra norma legal cualquiera; siempre y cuando ésta sea imperativa, pudiendo así ser calificada la condición general que cumpla los requisitos para ello.

4.2.2. Acciones colectivas:

Esta tipología de acciones tiene su origen en el ordenamiento jurídico estadounidense, donde se permite la protección de intereses difusos.

Así, el art. 12 y ss LCGC permite el uso de tres modalidades de acciones:

i) La acción de cesación, que persigue obtener una sentencia que condene al demandado a una doble condena, por la cual debe eliminar las cláusulas nulas y abstenerse además de volver a utilizarlas en el futuro; pudiendo acumularse con la acción de devolución de cantidades cobradas y con la resarcitoria de los daños y perjuicios.

ii) La acción de retractación, por la que se pretende obtener una sentencia que imponga al demandado, sea o no predisponente, el deber de retractarse de las recomendaciones que haya realizado de las cláusulas nulas, así como el deber de abstención de recomendarlas en el futuro.

iii) La acción declarativa, que supone la obtención de una sentencia que declare una cláusula como condición general y ordene su inscripción en el registro de condiciones generales.

En relación a la prescripción de estas acciones, las dos primeras son relativamente imprescriptibles; puesto que si las condiciones se hubieran depositado en el registro general, las acciones prescribirán a los 5 años desde el depósito, siempre y cuando hubieran sido utilizadas. Las acciones, pues, solamente pueden ser utilizadas en el plazo de 5 años después de la declaración judicial de no incorporación o de nulidad derivadas de una acción individual. El tercer tipo de acción será imprescriptible en todo caso.

4.3. DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR:

En la medida de la existencia de una relación desigual, el legislador ha permitido el empleo de una figura que permita al consumidor dejar sin efectos el contrato celebrado, notificando a la otra parte en el plazo establecido, sin tener que dar justificación alguna y sin temer ningún tipo de penalización. Se encuentra regulado en el art. 68 y ss. de la TRDCU, tratándose de un derecho que asiste al consumidor y que puede ejercitar o no. Es un acto recepticio, al existir el deber de notificar al empresario; siendo así mismo una facultad que permite ser usada sin necesidad de invocar justa causa; constituyéndose también como un acto gratuito, sin penalización por su ejercicio.

El empresario tiene la obligación principal de informar por escrito en el contrato de la posibilidad que tiene el consumidor o usuario de ejercitarlo, estando su cumplimiento sujeto a la carga de la prueba del empresario. El plazo para su ejercicio es de 14 días a contar desde la recepción del bien objeto del contrato, siempre que el empresario cumpla con su deber de entrega y de información sobre el derecho mismo. De no haber cumplido con ese doble deber, el plazo finalizaría a los 12 meses desde *“después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, a contar desde que se entregó el bien contratado o se hubiera celebrado el contrato, si el objeto de éste fuera la prestación de servicios. Si el deber de información y documentación se cumple durante el citado plazo de doce meses, el plazo legalmente previsto para el ejercicio del derecho de desistimiento empezará a contar desde ese momento”*. Una vez

que ha dado uso a su derecho de desistimiento, el consumidor o usuario tiene una serie de obligaciones recogidas en el art. 108 de la ley; los cuales se constituyen en:

1.- Devolver los bienes o entregárselos al empresario, a menos él mismo se ofrezca a recogerlos. No debe haber ningún tipo de demora, debiendo a más tardar entregar los bienes en el plazo de 14 días naturales a partir de la fecha en que hubiese comunicado el desistimiento.

Por otra parte, en lo relativo a los gastos, dictamina el precepto legal que *“el consumidor o usuario sólo soportará los costes directos de devolución de los bienes, salvo si el empresario ha aceptado asumirlos o no le ha informado de que le corresponde asumir esos costes”*.

En el caso de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, cuando los bienes se hubiesen entregado en el domicilio del consumidor en el momento de celebrarse el contrato, el empresario recogerá a su cargo los bienes cuando debido a la naturaleza de los mismo no puedan estos devolverse por correo.

2.- *El consumidor y usuario sólo será responsable de la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación de los mismos distinta a la necesaria para establecer su naturaleza, sus características o su funcionamiento. En ningún caso será responsable de la disminución de valor de los bienes si el empresario no le ha informado de su derecho de desistimiento.*

3.- *Cuando un consumidor y usuario ejerza el derecho de desistimiento tras haber realizado una solicitud de conformidad con lo dispuesto en la ley, abonará al empresario un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que haya informado al empresario del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato. El importe proporcional que habrá de abonar al empresario se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato. En caso de que el precio total sea excesivo, el importe proporcional se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio.*

En relación a los gastos, ya se ha tratado el tema al establecer que el consumidor o usuario nunca debe abonar ningún tipo de gasto, ni siquiera cuando haya utilizado el producto, siempre y cuando éste haya sido empleado con arreglo a su naturaleza. En los casos en los que no se puedan devolver los productos por pérdida o destrucción, hay que diferenciar si medió o no culpa del propio consumidor. En el caso de que no tuviera la culpa, no responderá de nada. Sin embargo, si se le puede imputar la pérdida o la destrucción, responderá del valor de mercado del bien o servicio, a menos que este precio fuese mayor que el valor de adquisición. La excepción a ello es el caso en el que el empresario omitió su deber de información *“la imposibilidad de devolución sólo será imputable al consumidor y usuario cuando éste hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos”*.

La devolución de las cantidades abonadas al empresario deben ser devueltas en el plazo de 14 días, pudiendo pedir las por duplicado en el caso en el que no las reciba tras el transcurso de ese plazo. Este plazo computa no desde que se hubiera producido la formalización del desistimiento; sino desde que se devolvió el producto. Por último, señalar que aunque el consumidor no llegue a hacer uso de su derecho de desistimiento, la TRDCU en su art. 79 señala que *“la falta de ejercicio del derecho de desistimiento en el plazo fijado no será obstáculo para el posterior ejercicio de las acciones de nulidad o resolución del contrato cuando procedan conforme a derecho”*; por lo que aunque no se ejerza dicho derecho, ello no obstaculiza la posibilidad de emplear la acción de nulidad o la de resolución contractual.

4.4. DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN O REPARACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS SUFRIDOS:

Al ser uno de los derechos con los que cuentan los consumidores aquél que trata sobre la protección de la salud, era comprensible pensar que existía un derecho de indemnizar al consumidor o usuario por los daños que un bien o servicio contratado pudiera provocar. Así lo

establece el art. 128 TRDCU cuando dice que *“todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios”*; sin que dicha acción afecte a otros derechos por los que el perjudicado pueda pedir ser indemnizado por daños y perjuicios, tales como los daños morales. Suponemos por esto que las acciones recogidas en el libro tercero son de aplicación solamente para los supuestos de daños personales, pues así lo corrobora el art. 129⁶ de la citada ley. Vistos los sujetos a los que están destinados estos preceptos y cuál es el objeto de los mismos, cabe tratar ahora cómo es el régimen de responsabilidad. Podemos discernir entre el régimen de responsabilidad del Código Civil y el régimen de la TRDCU.

4.4.1. Régimen de responsabilidad en el Código Civil:

El contrato supone una relación entre dos personas que consienten en obligarse con el fin de alcanzar la finalidad para la que el acuerdo tuvo lugar; por lo que el incumplimiento por parte de cualquiera de ellas supone la frustración de dicho fin. Así pues, toma forma la figura de la responsabilidad contractual, derivada del incumplimiento de los deberes u obligaciones que en el pacto se originan para cada una de las partes, naciendo dicha responsabilidad de la garantía que se le da al cumplimiento de lo pactado. Se basa este principio en el art. 1101 C.C., donde se establece la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones; exigiendo que los daños sean probados y que se deriven del incumplimiento mismo.

Nos encontramos por otra parte con la responsabilidad extracontractual, que se basa en el hecho de que, aunque un sujeto no tenga ningún tipo de relación jurídica con otro, siempre puede causarle a este último unos daños cuya causa se le puede imputar al primero. Así, se recoge esta responsabilidad en el art. 1902 C.C.; promovido por el deber general de no causar daño a otra persona. Así, aunque en la teoría la distinción sea sencilla, en la práctica es más complicado saber cuándo nos encontramos ante uno u otro tipo de responsabilidad; diferenciación importante debido a los distintos regímenes que cada una posee; como por ejemplo en lo que respecta a la culpa (la responsabilidad contractual nace del incumplimiento del deudor, mientras que la extracontractual necesita de la culpa del causante del daño); o en cuanto a la prueba de la misma (en el caso de la contractual corresponde al deudor, mientras que en la extracontractual es deber del perjudicado); en relación a la prescripción (la acción de responsabilidad contractual prescribe a los 15 años como regla general, mientras que en el caso de la extracontractual prescribe tras 1 año desde el momento en que lo supo el agraviado); o por último, en lo que respecta a la pluralidad de responsables (mientras que en la contractual se presume la mancomunidad salvo pacto en contrario, en la extracontractual se responderá de forma solidaria).

La acción de responsabilidad contractual supone la posibilidad del comprador de ejercer tanto las acciones de cumplimiento como las de indemnización por daños y perjuicios; pero para que surja este tipo de responsabilidad deben concurrir los siguientes requisitos:

- a) Que exista una obligación previamente constituida, es decir, que exista un contrato entre las partes.
- b) Que tenga lugar un incumplimiento por parte del obligado.
- c) Que haya una relación de causalidad entre el incumplimiento y los daños causados, derivados del mismo.

Tras ello cabe diferenciar el grado de diligencia que el deudor debía haber cumplido, distinguiendo así la culpa o negligencia (donde el vendedor no tuvo la diligencia necesaria en

⁶ *“El régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado”*.

sus actuaciones) y el dolo (caso en que el deudor sabía que no estaba cumpliendo y no tenía intención alguna de hacerlo). Independientemente de que en el caso concreto concorra buena o mala fe, el texto legal supone en relación a la responsabilidad contractual que el mero incumplimiento ya es suficiente para establecer el deber de indemnizar. Sin embargo, bien es cierto que la concurrencia de buena o mala fe actúa como un elemento moderador de los daños indemnizables. Para lograr obtener la indemnización, el comprador debe probar los hechos siguientes:

- i) La existencia de los daños y su importe.
- ii) Probar el incumplimiento, tras lo que se presume la negligencia.
- iii) La relación de causalidad entre el incumplimiento mismo y los daños causados.

La aplicación de este régimen de responsabilidad contractual a la acción de indemnización por daños tiene ciertas ventajas, pero cuenta por el contrario con una serie de inconvenientes; como el hecho de que el contrato solo produce efectos entre las partes, o que sea necesario probar la culpa o el dolo para determinar el daño indemnizable. Por su parte, para que tenga lugar la acción de responsabilidad extracontractual se requiere que tenga lugar lo siguiente:

a) Una acción u omisión objetivamente imputable al agente. Dicha acción en el caso de daños causado por productos o servicios consiste en la puesta en circulación de un producto que, aunque sea ya solo de forma potencial, es susceptible de provocar daños con su uso o consumo normal y previsible; derivando este requisito del incumplimiento de la obligación establecida en el art. 3.1 TRDCU.

b) La culpa o negligencia por parte de éste. Dada la dificultad que supone la prueba de este requisito, la jurisprudencia ha puesto a disposición del perjudicado una serie de medidas para que pueda hacerse con mayor facilidad, como son la inversión de la carga de la prueba, la presunción de culpabilidad o la aplicación del canon de diligencia de la responsabilidad contractual. Se impone pues al vendedor que sea él quien pruebe que actuó con la diligencia necesaria, excluyendo con ello su propia culpa para no ser así responsable.

La diligencia exigible comprende tanto las prevenciones y cuidados reglamentarios como el empleo de todos los medios que la prudencia demande para prevenir y evitar el daño. Debe el fabricante poner en el mercado productos seguros, así como hacer uso de su obligación de información.

c) El hecho de que realmente exista un daño.

d) El nexo entre la acción u omisión y el daño causado. En este punto la doctrina ha estado aplicando el principio de causalidad adecuada, que exige para apreciar la culpa del agente que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad.

La prueba de la relación es una cuestión que compete al perjudicado, siendo necesario probar el nexo causa-efecto; pudiendo la culpa de la víctima suponer la ruptura del nexo causal o actuar como factor de moderación del montante económico a satisfacer. Para finalizar, en relación a los casos en los que no está del todo claro si el supuesto de hecho debe ir por un tipo u otro de responsabilidad, el perjudicado puede ejercitar de forma conjunta ambas acciones, al amparo de la acumulación de acciones. Para el ejercicio de dicha posibilidad es necesaria la concurrencia de los requisitos de unidad de jurisdicción y competencia en relación con el tribunal, de unidad procedimental y que la ley no prohíba dicha acumulación. Dicha acumulación puede hacerse de forma alternativa o subsidiaria.

4.4.2. Régimen de responsabilidad en la TRDCU:

El régimen de responsabilidad se constituye como un sistema de responsabilidad objetiva en el que lo esencial es que el defecto del que adolezca el producto tenga lugar cuando se hallaba en el ámbito de la actividad del productor; sin que haya surgido dicho defecto cuando el producto

se encontraba ya en manos del consumidor. La TRDCU será de aplicación siempre que el bien o servicio haya causado cualquier tipo de daño, encontrándose este limitado a lo expuesto en el art. 129 TRDCU. Se trata, pues, de los daños personales, incluida la muerte; y los daños materiales siempre y cuando estos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y que en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado; diferenciándose de forma marcada entre daños patrimoniales personales y no personales.

En lo que respecta a los daños personales, donde se hace inclusión de la muerte, se entienden en ellos comprendidos todas las lesiones, tanto físicas como psíquicas; así como los gastos derivadas de las mismas; exceptuando los daños morales, los cuales se remiten a la legislación civil general. En cuanto a los daños patrimoniales no personales, la indemnización es bastante más reducida, al excluirse los daños que sufra el propio producto defectuoso. Si se incluyen, sin embargo, los daños causados en cosas distintas al propio producto; aunque se exigen dos requisitos: que se trate de una cosa destinada objetivamente al uso o consumo privado y que haya sido utilizada principalmente de esa forma por el perjudicado.

En relación ya a los sujetos protegidos, se comprenden dentro de los mismos a los perjudicados por los daños, pero entendiéndose por tales no sólo a los consumidores y usuarios; es decir, a quienes hayan adquirido o usado el producto como destinatarios finales, sino también a aquellos que se hubiesen encontrado próximos al producto, a quienes se ha dado en denominar bystander o consumidor potencial. Esto implica que el concepto de consumidor no se entienda en sentido estricto, sino que se extienda a todos aquellos perjudicados por los daños provocados por los bienes y servicios; siendo los sujetos legitimados activamente aquéllos que hayan sufrido el perjuicio.

Al momento de tratar el hecho de si nos encontramos ante una responsabilidad contractual o extracontractual, la tendencia de la doctrina ha llevado a establecer un régimen de protección a los perjudicados por los productos defectuosos con independencia de la existencia o no de una relación contractual con el sujeto responsable en el caso de que se trate, y a cuya actividad debe reconocerse el defecto. Pretende la ley, como ya se ha dicho anteriormente, la protección de toda víctima de daño causado por motivo de un producto defectuoso; estableciéndose por ende un plazo de prescripción de 3 años. El producto que provoque la responsabilidad debe ser defectuoso; es decir, que tenga una imperfección que lo haga peligroso para el uso humano, por la gran posibilidad que tiene de provocar un daño. Según establece el art. 137, un producto defectuoso será aquel que *“se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación”*.

En cuanto a la legitimación pasiva; es decir, los sujetos responsables, nos encontramos con que se trata de todos aquellos que hayan participado en la cadena de producción y distribución; tales como el fabricante, el proveedor, etc. Nos encontramos por ello una variedad de artículos que responsabilizan a todos estos sujetos, como por ejemplo el art. 135, que determina que *“los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen”*, el art. 146⁷; o el art. 147⁸. Con respecto al productor,

⁷ Cuando establece que *“el proveedor del producto defectuoso responderá, como si fuera el productor, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto. En este caso, el proveedor podrá ejercitar la acción de repetición contra el productor”*.

⁸ al disponer que *“los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio”*.

el art. 138 delimita quiénes en la cadena de producción son considerados como tales, siendo con ellos los fabricantes de:

- a) Un producto terminado.
- b) Cualquier elemento integrado en un producto terminado.
- c) Una materia prima.

Además de en estos casos, el segundo párrafo del mismo artículo indica que se considerará al productor al proveedor cuando el primero no puede llegar a identificarse; a menos que en el plazo de 3 meses indique el segundo la identidad del fabricante al perjudicado, aplicándose la misma regla en el caso de los productos importados.

Se debe aclarar que se entiende como fabricante a todo aquel que haya participado en el proceso de fabricación del producto, con independencia de cuál sea la novedad productiva a la que se dedique. Por su parte, será importador aquella persona que en el ejercicio de su actividad empresarial introduce un producto en la Unión Europea para su venta o comercialización. Para finalizar; en lo que respecta a la responsabilidad del proveedor, responderá éste como si fuese el productor cuando haya suministrado los productos a sabiendas de los defectos de los que adolecían; pudiendo así mismo ejercitar la acción de repetición contra el productor, tal y como se dijo en su momento en el art. 146 de la ley. Así pues, todos estos sujetos pueden ser responsables por los daños causados por los productos defectuosos, siendo que entre todos ellos, tal y como establece el art. 132 TRDCU, existe un régimen de responsabilidad solidaria; pudiendo repetir ante los demás responsables quien hubiese respondido ante el perjudicado *“según su participación en la causación del daño”*. Este régimen solidario se basa en un beneficio para el perjudicado: si la responsabilidad entre todos los sujetos legitimados de forma pasiva es solidaria; ello permite al consumidor que no tenga que determinar quién es el responsable del daño, siendo más conveniente demandar a todos los que hayan intervenido.

El ámbito objetivo implica que la responsabilidad debe fundamentarse en dos requisitos, como son el producto y la característica del defecto en el mismo. Encontramos el concepto de producto en el art. 6 de la ley (*“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 136, a los efectos de esta norma, es producto todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil”*); debiendo precisarlo con lo establecido en el art. 136 TRDCU, donde se entiende que es un producto *“cualquier bien mueble, aún cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad”*; incluyéndose el gas y la electricidad, pero quedando excluidas del concepto las cosas inmuebles en sí mismas. En relación al concepto de defecto, ya se trató el mismo en el art. 137 de la ley; constituyéndose como aquella carencia o imperfección en el producto que provoca que éste pueda llegar a dañar al consumidor. Producto defectuosos será, pues, aquél que no ofrezca la seguridad que cabría esperar o que no ofrece la misma seguridad que los demás ejemplares.

Se prevé la posibilidad de que el daño sea causado de forma conjunta por un defecto del bien o servicio y por la intervención de un tercero; pudiendo el responsable que hubiese abonado el importe de la indemnización reclamar al tercero la parte que le corresponda. A la hora de pedir responsabilidad, sin embargo, debe el perjudicado probar el vicio y el daño causado por el mismo, pues así lo exige el art. 139 cuando dictamina que *“el perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos”*. Este punto es verdaderamente importante si lo ponemos en relación con el art. 140, relativo a las exoneraciones de responsabilidad; pues en este caso deberá el perjudicado tener cuidado con respecto a quién demandará con el fin de evitar que sus pretensiones no sean atendidas⁹. Se establece en la ley la ineficacia de las cláusulas

⁹ Estas causas de exoneración, que deben probar los responsables, son:

a) Que no haya puesto en circulación el producto.

contractuales de exoneración o de limitación de responsabilidad por productos. Con ello no se pretende más que evitar que los sujetos responsables mediante pactos o convenios de naturaleza contractual puedan rebajar el nivel de responsabilidad impuesto.

Debemos tener en cuenta, así mismo, que en caso de que intervenga culpa por parte del perjudicado, la responsabilidad de los sujetos ya mencionados se puede ver reducida o suprimida; tal y como establece el art. 145 TRDCU. Con ello, la norma recoge tanto la concurrencia de culpas como el caso de culpa exclusiva del perjudicado. En el primer caso es en el que se produce una reducción de la cuantía de la indemnización, repartiéndose la responsabilidad según la gravedad de la causa; mientras que en la cuestión de culpa exclusiva del perjudicado se suprime por completo la responsabilidad del productor, al no concurrir el nexo causal necesario entre defecto y perjuicio para que surja la responsabilidad de aquél. En la ya derogada LGDCU se establecía una responsabilidad objetiva impuesta a los fabricantes y comerciantes, derivándose de la misma que el criterio de imputación se constituía en el simple hecho de que el consumidor sufriera un daño, sin necesidad de que hubiese mediado culpa o negligencia de los responsables; debiendo el consumidor o usuario probar, únicamente, que el daño se había producido y que era consecuencia de del bien o servicio defectuoso del que se trate en cada caso. Este sistema de responsabilidad objetiva no pretende más que procurar la protección de la parte más débil de la relación contractual, cual es en este caso el consumidor o usuario.

Existen ciertos autores que establecen que esta responsabilidad no es del todo objetiva, debido a lo que determina el art. 147 cuando dispone que los responsables podrán librarse de ésta desde el momento en el que prueben que cumplieron con todas las diligencias oportunas; es decir, conseguir probar que la culpa es del perjudicado. Por su parte, es el art. 144 el que establece que *“los derechos reconocidos al perjudicado en este capítulo se extinguirán transcurridos 10 años, a contar desde la fecha en que se hubiera puesto en circulación el producto concreto causante del daño, a menos que, durante ese período, se hubiese iniciado la correspondiente reclamación judicial”*; encontrándose el mismo matizado por el primer párrafo del art. 143¹⁰. Cuenta también el perjudicado con una compensación en el caso en que el responsable no abone en el plazo previsto las cantidades requeridas.

4.4.3. La conformidad del consumidor como garantía contractual:

Dentro de la regulación del TRDCU nos encontramos con un ámbito específico de la responsabilidad a partir de los arts. 114 y ss. de la propia ley. Se trata de las garantías y

b) Que, dadas las circunstancias del caso, sea posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto.

c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial.

d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes.

e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto. Esta causa no podrá ser invocada por los sujetos responsables en caso de tratarse de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano

f) En aquellos casos en los que el productor lo sea de una parte integrante de un producto terminado, no siendo responsable si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto.

¹⁰ Pues determina éste que *“La acción de reparación de los daños y perjuicios previstos en este capítulo prescribirá a los tres años, a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio. La acción del que hubiese satisfecho la indemnización contra todos los demás responsables del daño prescribirá al año, a contar desde el día del pago de la indemnización”*.

servicios de posventa. Establece el citado art. 114 que *“el vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto”*. Con ello se pretende dar paso a que la responsabilidad del vendedor surja en el mismo momento en que el consumidor o usuario no se encuentra conforme. En cuanto a lo que respecta a su ámbito de aplicación, disponemos de esta información en el art. 115 de la ley, ciñéndose éste a los contratos de compraventa de productos y a los de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse; excluyendo por tanto los productos que se adquieran mediante venta judicial, el agua y el gas en tanto no se encuentren envasados para la venta en volumen delimitado y los productos de segunda mano adquiridos en subastas administrativas.

Impone por su parte el art. 116 una presunción iuris tantum sobre lo que se considera como conformidad de los productos con el contrato; llegándose a dicha presunción siempre que se cumplan los requisitos en el precepto mencionados¹¹, a menos que de las circunstancias del caso alguno de ellos no resultase aplicable. Se trata, por tanto, de defectos materiales, funcionales, de instalación o que no se ajusten a la publicidad. Mientras que los demás defectos se encuentran comprendidos en la lista antes señalada; el defecto de instalación puede encontrarse en el párrafo segundo del mismo precepto.

Por su parte, el párrafo tercero establece que no habrá lugar a la responsabilidad en aquellos casos en los que el consumidor conociera o no hubiese podido ignorar de forma fundada al momento de celebrarse el contrato. Por ello, aunque la conformidad se manifieste con posterioridad a la entrega del bien, debe existir en un momento anterior al tiempo de que se suceda la misma. Estos preceptos relativos a las garantías que debe proporcionar el vendedor, tienen su base en la ya derogada por el TRDCU Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo; ley que suponía la transposición de la Directiva 1994/44/CE, de 25 de mayo, que no pretendía más que la justa satisfacción de los intereses de los consumidores y usuarios en aquellos casos en los que, una vez entregado el bien, éste no satisfacía las expectativas de aquél.

Dicha ley implicaba una incapacidad de renuncia por parte del consumidor de los derechos que en ella se le conferían, pues así lo determinaba el segundo párrafo del art. 4 LGVBC: *“La renuncia previa de los derechos que esta ley reconoce a los consumidores es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de esta ley, de conformidad con el artículo 6 del Código Civil”*. Con ello se pretende evitar que las partes, por medio de consentimiento mutuo, puedan excluir o limitar los derechos concedidos a los consumidores y usuarios; ya se encuentre esta exclusión contenida en una cláusula abusiva, no haya sido negociada o ya se haya excluido o limitado por acuerdo entre las partes. En relación al ámbito de aplicación de la ley, podemos distinguir 3 tipos:

1.- Ámbito negocial: Refiriéndose a que se aplica a los contratos de compraventa y a figuras afines al mismo; debiendo existir conformidad en el acuerdo.

¹¹ **a)** *Se ajusten a la descripción realizada por el vendedor y posean las cualidades del producto que el vendedor haya presentado al consumidor y usuario en forma de muestra o modelo.*

b) *Sean aptos para los usos a que ordinariamente se destinen los productos del mismo tipo.*

c) *Sean aptos para cualquier uso especial requerido por el consumidor y usuario cuando lo haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de celebración del contrato, siempre que éste haya admitido que el producto es apto para dicho uso.*

d) *Presenten la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del producto y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los productos hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado. El vendedor no quedará obligado por tales declaraciones públicas si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el producto”*

2.- Ámbito subjetivo: Se aplica a las ventas llevadas a cabo por vendedores personas físicas o jurídicas que en el marco de su actividad profesional vendan bienes de consumo a los consumidores y usuarios.

3.- Ámbito objetivo: El cual se constituye como el aspecto más importante. Implica que la ley se destina a la venta de bienes de consumo, siendo los mismos los determinados en el art. 1.2 LGVBC que establece que *“se consideran aquí bienes de consumo los bienes muebles corporales destinados al consumo privado”*, excluyendo de dicha consideración los redactados en el art. 2 de la misma ley¹².

Se excluyen, por tanto, los servicios propios del contrato, así como los bienes inmuebles y los bienes inmateriales, centrándose más la ley en el concepto de mercancías; por motivo del cual se establece un sistema de protección concebido sobre la entrega material de bienes individualizados en su totalidad. A pesar de ello, se incluirían los contratos de suministro de bienes de consumo que hubieran de producirse o fabricarse; así como aquellos bienes inmateriales incorporados a un soporte físico duradero.

Ya en relación a la obligación de conformidad con el contrato, hay que determinar que la protección que se le otorga al consumidor a través de esta ley proviene, fundamentalmente, de la obligación que se le impone al vendedor de entregar un bien que sea conforme a lo estipulado en el contrato. Nuevamente en la LGVBC vuelve a existir una recopilación sobre los supuestos en los que se considera que existe conformidad de los productos entregados con los establecidos en el contrato; encontrando dicha lista en el art. 3 de la ley, el cual ha sido reproducido en su totalidad por el art. 116 del TRDCU. El fundamento a la obligación de conformidad se basa en que el consumidor o usuario encuentre una satisfacción a su interés, sin que quepa responsabilidad del empresario en aquellos casos en los que el consumidor, como ya se dijo con anterioridad, conociera las faltas de conformidad o no hubiera podido fundadamente ignorarlas en el momento de celebración del contrato. Tampoco cabe responsabilidad del empresario en aquellos casos en los que las faltas de conformidad tengan su origen en materiales suministrados por el consumidor; distinguiendo con ello dos supuestos distintos:

De un lado, en aquellos casos en los que el origen de la falta de conformidad reside en materiales suministrados por el consumidor; la exclusión de responsabilidad del empresario se debería a que la falta de conformidad será atribuible al propio consumidor. Sin embargo hay que apuntar que, teniendo en cuenta que el consumidor no es un profesional en la materia, mientras que el vendedor sí; este último podría haber advertido a aquél de los defectos o riesgo que entrañaba el uso de los materiales entregados. Por otra parte, nos encontramos con el supuesto de que el consumidor conociese las faltas de conformidad al momento de celebrarse el contrato. En dichos supuestos, puede determinarse que no existe tal falta de conformidad; ya que si el consumidor conoce el defecto al momento de celebrarse el contrato y aun así lo celebra, ello implicaría que estaría aceptando el vicio o defecto. Sin embargo, esto no tendría aplicación en el caso de que el vendedor hubiese actuado de mala fe, ocultando la falta de conformidad.

Cabe señalar, así mismo, la figura de la garantía comercial, la cual se refiere a aquellas cláusulas convencionalmente establecidas por el propio vendedor y muchas veces también por el fabricante, por las cuales asumen estos unos compromisos especiales sobre su duración en determinadas condiciones, así como sobre su funcionamiento. Ya en relación a la regulación actual, en cuanto a lo que respecta a los plazos de acción, por su parte, los encontramos recogidos en el art. 123.1 TRDCU, donde se establece que *“el vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega. En los productos de segunda mano, el vendedor y el consumidor y usuario podrán pactar un plazo menor, que no*

¹² *“Lo previsto en esta ley no será de aplicación a los bienes adquiridos mediante venta judicial, ni al agua o al gas cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o en cantidades determinadas, ni a la electricidad. Tampoco será aplicable a los bienes de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores puedan asistir personalmente”*.

podrá ser inferior a un año desde la entrega. Salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto, sea éste nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad". Esta acción, de la misma forma, será incompatible con las derivadas del saneamiento por vicios ocultos, conservando el derecho en todo caso a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad.

Las acciones reservadas a este tipo de responsabilidad se ciñen, por tanto a la reparación y la sustitución o, en su defecto, la rebaja del precio y la resolución; constituyéndose estas dos últimas como acciones resarcitorias subsidiarias, ya que únicamente se podrá recurrir a ellas en el momento en que no se pueda acudir a la reparación o la sustitución, o éstas hayan sido previamente ejercitadas sin éxito alguno. Estos derechos serían excluyentes entre sí, ya que el ejercicio de uno de ellos impide el éxito del resto.

4.4.3.1. Acciones de reparación y sustitución del producto:

Encontramos la regla general recogida en el art. 119 TRDCU, en la cual se establece que el consumidor o usuario podrá escoger entre la reparación o la sustitución del producto, siendo esta decisión vinculante a menos de que una de las posibilidades sea imposible o desproporcionada. Así, mientras que la reparación supone modificar el producto hasta ponerlo en un estado en el que se encuentre conforme con el contrato de compraventa, tratándose por ello de una obligación de hacer; la sustitución implica la entrega de un producto que sea conforme, en lugar del producto que se entregó en un primer momento, siendo por tanto una obligación de dar.

En lo que respecta a los límites de estos dos derechos, los presupuestos a tener en cuenta serían los de *posibilidad y proporción*, entendiéndose que cualquiera de estas dos acciones será desproporcionada en el momento en que obliguen al vendedor a incurrir en costes que no sean razonables en comparación con la otra; debiendo tener también en cuenta la relevancia del vicio que ocasiona la disconformidad y el hecho que la otra acción se pueda llevar a cabo sin generar mayores inconvenientes para el consumidor. Por su parte además, hay que procurar que los costes sean lo más razonables posibles, no llegando a este punto en el momento en que los gastos que correspondan a un tipo de acción sean considerablemente más elevados que los que afecten a la otra. En cuanto a la posibilidad, se manifiesta con mayor fuerza en el caso de la sustitución, pues existen ciertos casos en los que no es posible emplear esta acción, siendo obligatoria la de reparación; tales como en la cuestión de productos fungibles y en lo que respecta a los productos de segunda mano. Establece el art. 120 TRDCU¹³ por su parte las reglas a las que deben ajustarse tanto la reparación como la sustitución.

¹³ Las cuales son:

a) Serán gratuitas para el consumidor y usuario. Dicha gratuidad comprenderá los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los productos con el contrato, especialmente los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales.

b) Deberán llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario, habida cuenta de la naturaleza de los productos y de la finalidad que tuvieran para el consumidor y usuario.

c) La reparación suspende el cómputo de los plazos a que se refiere el artículo 123. El período de suspensión comenzará desde que el consumidor y usuario ponga el producto a disposición del vendedor y concluirá con la entrega al consumidor y usuario del producto ya reparado. Durante los seis meses posteriores a la entrega del producto reparado, el vendedor responderá de las faltas de conformidad que motivaron la reparación, presumiéndose que se trata de la misma falta de conformidad cuando se reproduzcan en el producto defectos del mismo origen que los inicialmente manifestados.

d) Si concluida la reparación y entregado el producto, éste sigue siendo no conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá exigir la sustitución del producto, salvo que esta opción resulte

En lo que respecta al tiempo y a la forma de llevarlas a cabo, deberán estas acciones realizarse en un plazo razonable y sin causar mayores inconvenientes al consumidor o usuario, en relación a la naturaleza de los productos y la finalidad que tuviera para ellos; debiendo atender así mismo a la regla establecida en el apartado d) del artículo anteriormente citado. Cabe además la posibilidad de pedir la sustitución o reparación directamente al productor; conteniendo esta acción los mismo plazos y condiciones que aquellas que se pudieran haber ejercitado contra el vendedor; respondiendo el productor cuando la falta de conformidad se refiera al origen, identidad o idoneidad de los productos. Así mismo, reconoce el inciso final del art. 124 una acción que tendrá quien haya respondido frente al consumidor. Se trata de una acción de repetición frente a quien haya provocado dicha falta de conformidad, contando con un plazo de un año desde que se contempló el saneamiento.

Estas acciones contaban con su propia regulación en la LGVBC, donde se erigían como acciones de exacto cumplimiento que se limitaban a las ideas de imposibilidad de realización de la sustitución o reparación, y a la desproporción que pudiera existir en la aplicación de ambas acciones. En el caso de la posibilidad del derecho de sustitución, como ya se dijo con anterioridad, se basa en el hecho de que no es posible dicha acción en lo relativo a bienes no fungibles o de segunda mano; lo cual se debe a que los bienes no fungibles son por su propia naturaleza insustituibles, mientras que los bienes de segunda mano no se pueden sustituir por las peculiaridades del uso al que han sido sometidos en cada caso. En cuanto a la proporción, supone un excluyente de la facultad de elección del consumidor, ya que si los fines conseguidos con el uso de una acción provocan costes al vendedor, considerados como desproporcionados en relación a los provocados por la otra forma de saneamiento, se utilizará esta última.

El propio art. 5 LGVBC reconocía al consumidor el derecho de opción entre una acción u otra, al establecer que *“si el bien no fuera conforme con el contrato, el consumidor podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del bien, salvo que una de estas opciones resulte imposible o desproporcionada. Desde el momento en que el consumidor comunique al vendedor la opción elegida, ambas partes habrán de atenerse a ella. Esta decisión del consumidor se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente para los supuestos en que la reparación o la sustitución no logren poner el bien en conformidad con el contrato”*; determinando así mismo que una vez comunicada al vendedor la opción escogida, ambos quedarán obligados por ella; sin que esto excluya el caso en que ambas partes de mutuo acuerdo decidieran cosa distinta, pudiendo igualmente llevarla a cabo. En el caso de que dicha comunicación tuviera lugar entre ausentes, la misma no se entenderá realizada al vendedor hasta que no la conozca o que, habiéndosela remitido el consumidor, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe; siendo con ello ese momento a partir del cual ambas partes se encuentran obligadas.

4.4.3.2. Acciones de resolución y de rebaja del precio:

Estas acciones tendrán lugar, como ya se ha dicho, en el momento en que el consumidor o usuario no pudiera emplear las acciones de reparación o sustitución, en caso de que éstas no hubiesen tenido éxito; o en aquellos supuestos en los que no se hubiesen llevado a cabo en un

desproporcionada, la rebaja del precio o la resolución del contrato en los términos previstos en este capítulo.

e) La sustitución suspende los plazos a que se refiere el artículo 123 desde el ejercicio de la opción por el consumidor y usuario hasta la entrega del nuevo producto. Al producto sustituto le será de aplicación, en todo caso, el artículo 123.1, párrafo segundo.

f) Si la sustitución no lograra poner el producto en conformidad con el contrato, el consumidor y usuario podrá exigir la reparación del producto, salvo que esta opción resulte desproporcionada, la rebaja del precio o la resolución del contrato en los términos previstos en este capítulo.

g) El consumidor y usuario no podrá exigir la sustitución en el caso de productos no fungibles, ni tampoco cuando se trate de productos de segunda mano”.

plazo razonable. La rebaja en el precio o *actio quanti minoris* se trata de una acción estimatoria cuyo ejercicio exitoso provoca una extinción parcial de la obligación de pagar el precio, al reducirse el importe del mismo. Ya en relación a la resolución, se trata de la solución más drástica, debido a que su uso provoca la extinción del contrato y, por tanto, el término de las relaciones jurídicas que de él derivan. Esta acción no procederá en aquellos casos en los que la falta de conformidad sea de escasa importancia en palabras del art. 121 TRDCU.

Por su parte, los criterios de la rebaja del precio los encontramos en el art. 122; debiendo por tanto ser ésta *“proporcional a la diferencia existente entre el valor que el producto hubiera tenido en el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato y el valor que el producto efectivamente entregado tenía en el momento de dicha entrega”*. Nuevamente, la acción para pedir todos aquellos derechos reconocidos en estos epígrafes prescribe a los 3 años desde el momento en que se entrega el producto, tal y como determina el art. 123.3 de la ley. Dicha entrega, salvo prueba en contrario, se entiende hecha *“en el día que figure en la factura o tique de compra, o en el albarán de entrega correspondiente si éste fuera posterior”*.

Como novedad en la reforma, cabe destacar que el incumplimiento por parte del consumidor o usuario de su deber de informar en el plazo previsto no le supone la pérdida de su derecho de saneamiento; siendo la única consecuencia derivada de ello que el consumidor se convertirá en responsable de los daños o perjuicios que se hayan provocado por el retraso de la comunicación. Para finalizar, cabe repetir que nuevamente corresponderá al vendedor o productor probar que el retraso en la comunicación fue provocante de determinados perjuicios, así como la cuantía de los mismos. Siendo por si esta prueba de difícil obtención, a ello se le suma la presunción *iuris tantum* de que el consumidor denunció en el plazo previsto.

Terminan este conjunto de preceptos con la garantía comercial adicional, aquella que puede ofrecerse adicionalmente y con carácter voluntario; obligando a quien figure como garante en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad. Los requisitos de dicha garantía se encuentran recogidos en el art. 125 de la ley¹⁴. Además, es el último inciso de este precepto el que dispone que la acción para reclamar lo dispuesto en la garantía prescribirá a los 6 meses desde el momento en que finalice el plazo de la misma.

Dispone también el art. 126 TRDCU que *“en los productos de naturaleza duradera deberá entregarse en todo caso al consumidor, formalizada por escrito o en cualquier soporte duradero aceptado por el consumidor y usuario, y con el contenido mínimo previsto en el artículo anterior, la garantía comercial, en la que constará expresamente los derechos que este título concede al consumidor y usuario ante la falta de conformidad con el contrato y que éstos son independientes y compatibles con la garantía comercial”*; lo cual debemos poner en relación con lo establecido en el art. 127, en relación a la reparación de los productos y los servicios posventa, donde encontramos el derecho a un adecuado servicio técnico y a la existencia de repuestos durante el plazo mínimo de cinco años a partir de la fecha en que el producto deje de fabricarse.

¹⁴Se trata de:

“La garantía comercial deberá formalizarse, al menos en castellano, y, a petición del consumidor y usuario, por escrito o en cualquier otro soporte duradero y directamente disponible para el consumidor y usuario, que sea accesible a éste y acorde con la técnica de comunicación empleada.

La garantía expresará necesariamente:

- a)** El bien o servicio sobre el que recaiga la garantía.
- b)** El nombre y dirección del garante.
- c)** Que la garantía no afecta a los derechos legales del consumidor y usuario ante la falta de conformidad de los productos con el contrato.
- d)** Los derechos, adicionales a los legales, que se conceden al consumidor y usuario como titular de la garantía.
- e)** El plazo de duración de la garantía y su alcance territorial.
- f)** Las vías de reclamación de que dispone el consumidor y usuario.”

Determina también el precepto que *“queda prohibido incrementar los precios de los repuestos al aplicarlos en las reparaciones y cargar por mano de obra, traslado o visita cantidades superiores a los costes medios estimados en cada sector, debiendo diferenciarse en la factura los distintos conceptos”*; debiendo además la lista de precios de los repuestos estar a disposición del público. Así mismo y para finalizar; *“la acción o derecho de recuperación de los productos entregados por el consumidor y usuario al empresario para su reparación prescribirá a los tres años a partir del momento de la entrega. Reglamentariamente, se establecerán los datos que deberá hacer constar el empresario en el momento en que se le entrega un objeto para su reparación y las formas en que podrá acreditarse la mencionada entrega.”*.

4.4.4. Responsabilidad en los viajes combinados:

En relación a esta tipología contractual, nos centraremos en los arts. 162 y 163 de la ley; no sin antes definir lo que se entiende como un contrato de viaje combinado. Encontramos este concepto en el art. 151.1¹⁵. La regla general en relación con la responsabilidad supone que la agencia de viajes responderá del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, así como de los daños sufridos por el consumidor a consecuencia de la falta de cumplimiento o cumplimiento defectuoso, con independencia de que las prestaciones debieran ser ejecutadas directamente por la agencia o por prestadores de servicios, tales como los transportistas, hoteleros o restaurantes.

Sin embargo, el grado de responsabilidad no es el mismo, debiendo los empresarios responder exclusivamente de su respectivo ámbito de gestión. Por su parte, debemos determinar que tanto organizadores como detallistas serán responsables del cumplimiento de las obligaciones, independientemente de que éstas deban ejecutarse por ellos mismos o por otros prestadores de servicios, ya que así lo dispone el art. 162 de la ley¹⁶. Finalmente, cabe señalar que existen además ciertas causas de exoneración de responsabilidad; las cuales encontramos en párrafo segundo del art. 162, a pesar de que lo verdaderamente esencial es la garantía de responsabilidad contractual contenida en el art. 163 de la ley.

Dicha garantía obligaría a los organizadores y detallistas a *“constituir y mantener en permanente vigencia una fianza (...), para responder del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación de sus servicios frente a los contratantes de un viaje combinado y, especialmente, del reembolso de los fondos depositados y el resarcimiento por los gastos de repatriación en el supuesto de insolvencia o quiebra”*. Con ello se pretende dar solución al

¹⁵ El cual dispone que un viaje combinado se trata de:

“La combinación previa de, por lo menos, dos de los elementos señalados en el párrafo siguiente, vendida u ofrecida en venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las 24 horas o incluya una noche de estancia.

Los elementos a que se refiere el párrafo anterior son los siguientes:

i) transporte,

ii) alojamiento,

iii) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado”.

¹⁶ Cuando establece que *“Los organizadores y los detallistas de viajes combinados responderán frente al consumidor y usuario, en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado, del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, con independencia de que éstas las deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios, y sin perjuicio del derecho de los organizadores y detallistas a actuar contra dichos prestadores de servicios. La responsabilidad frente al consumidor será solidaria de cuantos empresarios, sean organizadores o detallistas, concurren conjuntamente en el contrato cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos, sin perjuicio del derecho de repetición de quien responda ante el consumidor y usuario frente a quien sea imputable el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato en función de su respectivo ámbito de gestión del viaje combinado”*.

problema al que deben hacer los consumidores en relación al reembolso de los fondos que hubiesen depositado; estableciendo así mismo el último párrafo del artículo que aquellas fianzas ejecutadas deberán *“reponerse en el plazo de 15 días, hasta cubrir nuevamente la totalidad inicial de la misma”*.

4.5. LOS CONTRATOS CELEBRADOS FUERA DE LOS ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES:

Supone este tipo de contratación una modalidad de política de venta por la que el empresario toma la iniciativa de un contacto físico y directo con los consumidores finales. Se trata de una técnica agresiva de marketing porque implica un desplazamiento del lugar de venta ordinario que los estudios mercado-técnicos entienden que condiciona en mayor medida el comportamiento del consumidor. Se regula actualmente en los arts. 92 y ss. de la TRDCU; siendo el segundo párrafo del precepto antes nombrado el que regulando esta tipología contractual dictamina que *“las disposiciones de este título serán también de aplicación a los siguientes contratos celebrados con consumidores y usuarios fuera del establecimiento mercantil:*

a) Contratos celebrados con la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, en un lugar distinto al establecimiento mercantil del empresario.

b) Contratos en los que el consumidor y usuario ha realizado una oferta en las mismas circunstancias que las que se contemplan en la letra a).

c) Contratos celebrados en el establecimiento mercantil del empresario o mediante el uso de cualquier medio de comunicación a distancia inmediatamente después de que haya existido contacto personal e individual con el consumidor y usuario en un lugar que no sea el establecimiento mercantil del empresario, con la presencia física simultánea del empresario y el consumidor y usuario.

d) Contratos celebrados durante una excursión organizada por el empresario con el fin de promocionar y vender productos o servicios al consumidor y usuario”.

Así mismo, se recoge en estos artículos el régimen jurídico específico de protección. Son, pues, aquellos contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil del empresario, bien de forma directa por éste, bien por medio de un tercero; los celebrados en la vivienda del consumidor o usuario o en su centro de trabajo; o los contratos celebrados en un medio de transporte público. Con la actual reforma de la ley, su régimen jurídico se equipara al de los contratos celebrados a distancia.

La principal diferencia entre ambas tipologías contractuales radica en que todos los contratos celebrados a distancia se celebran fuera del establecimiento mercantil, pero no a la inversa; siendo el plazo del derecho de desistimiento el mismo de 14 días para ambos. En los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, pues, el empresario acude a los lugares en los que el consumidor no espera que se le haga una oferta; siendo este lugar donde se manifiestan tanto la oferta como la aceptación; implicando con ello que la toma de decisión del consumidor no sea lo suficientemente madura y reflexiva. Se establece por ello el derecho a la información para el consumidor; cuya finalidad supone asegurar que el consentimiento contractual del consumidor o usuario es libre; conociendo además el alcance de sus derechos y obligaciones.

Será el art. 93 el que trate las excepciones; casos que no serán regulados por la ley, tales como los contratos de servicios sociales, incluidos la vivienda social, el cuidado de los niños y el apoyo a familias y personas necesitadas; los contratos de servicios relacionados con la salud, prestados por un profesional sanitario; los contratos de actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar; los contratos de servicios financieros; los contratos de creación, adquisición o transferencia de bienes inmuebles o de derechos sobre los mismos; los contratos para la construcción de edificios nuevos, la transformación sustancial

de edificios existentes y el alquiler de alojamientos para su uso como vivienda; los contratos relativos a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados regulados en esta ley; etc. Para que el contrato llegue a ser plenamente válido y tenga eficacia jurídica, debe cumplir el empresario con todos los requisitos presupuestos en el derecho de información antes de que el consumidor o usuario quede vinculado; facilitando dicha información de forma clara y comprensible. El acuerdo celebrado, por tanto, debe contener todos los requisitos establecidos en el art. 97 de la ley¹⁷.

Nuevamente y como ya se había tratado con anterioridad, será obligación del empresario probar que había cumplido con todos sus deberes de información. Existen también una serie de requisitos formales, entre los que se encuentran la obligación del empresario de facilitar al consumidor toda la información exigida con anterioridad en papel o en cualquier otro soporte duradero; de forma que con ello se consiga probar con mayor facilidad que llegó a cumplir con sus obligaciones el empresario y, además, esta información debe ser legible. Por otra parte debe

¹⁷ Los cuales son:

- a) Las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios.*
- b) La identidad del empresario, incluido su nombre comercial.*
- c) La dirección completa del establecimiento del empresario y el número de teléfono, número de fax y dirección de correo electrónico del mismo, cuando proceda.*
- d) Si es diferente de la dirección facilitada de conformidad con la letra c), la dirección completa de la sede del empresario y, cuando proceda, la del empresario por cuya cuenta actúa, a la que el consumidor y usuario puede dirigir sus reclamaciones.*
- e) El precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos y tasas, o, si el precio no puede calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza de los bienes o de los servicios, la forma en que se determina el precio, así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales y cualquier otro gasto.*
- f) El coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia para la celebración del contrato.*
- g) Los procedimientos de pago, entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación de los servicios, así como, cuando proceda, el sistema de tratamiento de las reclamaciones del empresario.*
- h) La lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato.*
- i) Cuando exista un derecho de desistimiento, las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho, así como el modelo de formulario de desistimiento.*
- j) Cuando proceda, la indicación de que el consumidor y usuario tendrá que asumir el coste de la devolución de los bienes en caso de desistimiento.*
- k) En caso de que el consumidor y usuario ejercite el derecho de desistimiento tras la presentación de una solicitud, la información de que en tal caso el consumidor y usuario deberá abonar al empresario unos gastos razonables.*
- l) Cuando con arreglo al artículo 103 no proceda el derecho de desistimiento, la indicación de que al consumidor y usuario no le asiste, o las circunstancias en las que lo perderá cuando le corresponda.*
- m) Un recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes.*
- n) Cuando proceda, la existencia de asistencia posventa al consumidor y usuario, servicios posventa y garantías comerciales, así como sus condiciones.*
- o) La existencia de códigos de conducta pertinentes y la forma de conseguir ejemplares de los mismos, en su caso.*
- p) La duración del contrato.*
- q) Cuando proceda, la duración mínima de las obligaciones del consumidor y usuario derivadas del contrato.*
- r) Cuando proceda, la existencia y las condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que el consumidor y usuario tenga que pagar o aportar a solicitud del empresario.*
- s) Cuando proceda, la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables.*
- t) Cuando proceda, toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que éste pueda conocer.*
- u) Cuando proceda, la posibilidad de recurrir a un mecanismo extrajudicial de reclamación y resarcimiento al que esté sujeto el empresario y los métodos para tener acceso al mismo.*

el empresario entregar una copia del contrato celebrado firmado; debiendo ser el propio empresario quien pruebe el cumplimiento de los requisitos en el artículo establecidos. De incumplir con sus obligaciones ya descritas, el art. 100 determina cuáles serían las consecuencias de tal actuación; encontrándonos con:

1.- El contrato celebrado sin que se haya facilitado al consumidor y usuario la copia del contrato celebrado o la confirmación del mismo podrá ser anulado a instancia del consumidor y usuario por vía de acción o excepción.

2.- En ningún caso podrá ser invocada la causa de nulidad por el empresario, salvo que el incumplimiento sea exclusivo del consumidor y usuario.

3.- El empresario asumirá la carga de la prueba del cumplimiento de lo dispuesto en este artículo.

Por otra parte, debemos tener claro la obligación de que exista un consentimiento expreso por parte del consumidor o usuario, sin que quepa posibilidad por parte del empresario de que pueda enviar mercancías que nunca llegaron a ser solicitadas; aplicándose lo previsto en el art. 66 quáter¹⁸. Se pretende evitar, pues, que el empresario pueda enviar mercancías no solicitadas por el consumidor, con intención además el primero de ellos recibir un precio por las mismas. Con esta prohibición será posible la defensa del consumidor, sin que quede obligado a abonar un precio por unos objetos que nunca quiso.

Debemos tener presente también el derecho de desistimiento del que aún en este caso dispone el consumidor o usuario; exceptuando aquellos casos contenidos en el art. 103 de la ley. El plazo para ejercitar este derecho, como ya se dijo con anterioridad, se constituye como un plazo de caducidad de 14 días naturales contados a partir del momento de celebración del contrato en los casos de contratos de servicios; o a partir de la adquisición de la posesión material de los bienes solicitados en el caso de los contratos de venta. Este derecho surge como un método para dar respuesta a las necesidades de la parte más débil de la relación contractual; cuyo ejercicio es discrecional en el sentido de que no tiene que ser motivado; encontrándose restringido a la voluntad del consumidor, independientemente de la voluntad del empresario.

Cabe destacar, finalmente, que es el art. 113 de la ley el que dispone la responsabilidad solidaria que existe entre el empresario por cuya cuenta se actúe y el mandatario, comisionista o agente que hayan actuado en nombre propio; en aquellos casos en los que se celebren contratos fuera del establecimiento mercantil. Con esta regla de solidaridad, le bastaría al consumidor demostrar que no han sido cumplidas las obligaciones establecidas en la ley, sin necesidad además de determinar quién ha sido el responsable. Ello no impide que alguno de los

¹⁸ “1.- Queda prohibido el envío y el suministro al consumidor y usuario de bienes, de agua, gas o electricidad, de calefacción mediante sistemas urbanos, de contenido digital o de prestación de servicios no solicitados por él, cuando dichos envíos y suministros incluyan una pretensión de pago de cualquier naturaleza.

En caso de que así se haga, y sin perjuicio de la infracción que ello suponga, el consumidor y usuario receptor no estará obligado a su devolución o custodia, ni podrá reclamársele pago alguno por parte del empresario que envió el bien o suministró el servicio no solicitado. En tal caso, la falta de respuesta del consumidor y usuario a dicho envío, suministro o prestación de servicios no solicitados no se considerará consentimiento.

En caso de contratos para el suministro de agua, gas, electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas–, o calefacción mediante sistemas urbanos, en los que el suministro ya se estuviera prestando previamente al suministro no solicitado al nuevo suministrador, se entenderá el interés del consumidor en continuar con el suministro del servicio con su suministrador anterior, volviendo a ser suministrado por éste quién tendrá derecho a cobrar los suministros a la empresa que suministró indebidamente.

2.- Si el consumidor y usuario decide devolver los bienes recibidos no responderá por los daños o deméritos sufridos, y tendrá derecho a ser indemnizado por los gastos y por los daños y perjuicios que se le hubieran causado”.

responsables pueda liberarse de ésta en el caso de que pueda demostrar que cumplió con el contenido de las obligaciones que marca la ley.

4.5.1. Contratos celebrados a distancia:

Se debe hacer una especial mención a aquellos contratos que tienen la consideración de contratos a distancia. Son, pues, aquellos contratos celebrados sin la presencia física simultánea de comprador y vendedor, siempre que tanto oferta como aceptación se realicen exclusivamente a través de una técnica de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación organizado por el vendedor. Se requiere, por tanto, que existan tanto la técnica de comunicación mediante un medio a distancia, como que exista una iniciativa por parte del vendedor. La ley exige además un determinado contenido a las propuestas de venta que deberán señalarse en la legislación. Se requieren así mismo la concurrencia de una serie de garantías específicas, cuales son la necesidad de consentimiento expreso por parte del consumidor o usuario, la prohibición de envíos no autorizados, el derecho de desistimiento y las responsabilidades que nacen a consecuencia de la inexecución contractual.

En relación a los envíos no solicitados, existe una regla peculiar que permite al consumidor, en caso de hacerse el receptor de las mercancías, de hacer éstas suyas. Existen por su parte otra serie de requisitos en la contratación a distancia, los cuales se encuentran recogidos en el art. 96. Por su parte, nuevamente vuelve a tener lugar una obligación de información precontractual que encontramos en el art. 97 TRDCU; al igual que ocurría en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil. Sin embargo, ya en cuanto a los requisitos formales específicos de esta tipología contractual, se encuentran recogidos en el art. 98 de la ley; debiendo centrarnos más en las consecuencias surgidas del incumplimiento del vendedor, dentro de las que nos encontramos con que:

“1. El contrato celebrado sin que se haya facilitado al consumidor y usuario la copia del contrato celebrado o la confirmación del mismo, de acuerdo con los artículos 98.7 y 99.2, podrá ser anulado a instancia del consumidor y usuario por vía de acción o excepción.

2. En ningún caso podrá ser invocada la causa de nulidad por el empresario, salvo que el incumplimiento sea exclusivo del consumidor y usuario.

3. El empresario asumirá la carga de la prueba del cumplimiento de lo dispuesto en este artículo.”

Ya en relación a la ejecución del contrato; es el art. 109 el que dispone que a menos que las partes hubiesen acordado cosa distinta; el empresario tiene la obligación de ejecutar el contrato sin ningún tipo de demora indebida y a más tardar en el plazo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato. En caso de que faltase dicha ejecución, se dispone en el texto legal que *“en caso de no ejecución del contrato por parte del empresario por no encontrarse disponible el bien o servicio contratado, el consumidor y usuario deberá ser informado de esta falta de disponibilidad y deberá poder recuperar sin ninguna demora indebida las sumas que haya abonado en virtud del mismo. En caso de retraso injustificado por parte del empresario respecto a la devolución de las sumas abonadas, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble del importe adeudado, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad”*.

Se prevé además el derecho de sustitución como una solución en aquellos casos en los que no se encontrase disponible el bien o servicio contratados; siempre y cuando el consumidor hubiese sido informado de forma expresa de tal posibilidad, pudiendo el empresario suministrar sin aumento de precio alguno otro bien o servicio de características similares y que posea la misma o superior calidad; pudiendo además el consumidor poder ejercer sus derechos de desistimiento y resolución en los mismos términos que si se tratase del bien o servicio inicialmente requeridos.

Cabe destacar para finalizar, el derecho de doble vertiente que otorga el art. 112 TRDCU¹⁹. Con este precepto podemos observar una protección tanto al consumidor como al empresario. De esta forma, en caso de contratos de ventas a distancia en los que el precio del bien o servicio hubiera sido abonado mediante tarjeta, el consumidor por su parte podrá pedir que se anule de forma inmediata el pago en aquellos casos en los que el cobro se llevó a cabo utilizando el número de la tarjeta de forma indebida o fraudulenta. Por su parte, en lo que respecta al empresario, tendrá éste derecho a que el consumidor o usuario le abone la cantidad oportuna para el resarcimiento de daños y perjuicios que hubiesen tenido lugar como consecuencia de la anulación indebida de los cargos por parte del consumidor. Dicha anulación requiere que la compra hubiese sido efectivamente realizada por el consumidor y que la anulación no hubiese sido por motivo de haber empleado el derecho de desistimiento o el de resolución.

5. CONCLUSIONES:

Una vez explicado con detenimiento todo lo contenido en la obligación de garantía que debe prestar el vendedor empresario, podemos determinar como puntos relevantes los siguientes:

- I) La responsabilidad del vendedor se debe bifurcar en dos ramas. Así, de un lado, tenemos al vendedor empresario que actúa como tal frente a otro empresario, por lo que las relaciones existentes entre ambos por motivo del contrato celebrado se englobarían dentro del ámbito mercantil; siempre y cuando contemos con la concurrencia de los requisitos ya expuestos y que se encuentran recogidos en el Código de Comercio, siendo los más relevantes el tipo de objeto del contrato y la existencia de una pretensión de reventa por parte del comprador.
Por otra parte, en el momento en que el comprador no se trate de un empresario, ni tenga intención de revender el bien objeto del contrato, sino que su pretensión se base en destinarlo a su patrimonio privado y familiar; el acuerdo celebrado pasará a tratarse de un contrato con consumidores, sin que quepa regulación por el ámbito mercantil de ningún modo. Para estos casos, se ha ido desarrollando una rama independiente tanto del orden civil como del mercantil: se trata del derecho del consumo, el cual regula aquellos aspectos y relaciones contractuales y extracontractuales en las que intervenga un consumidor, determinando cuáles son las responsabilidades y las garantías que estará obligado a proporcionar el empresario en caso de que aquél haya sufrido daños, ya sean físicos, ya se deban a su descontento razonado con respecto a las mercancías entregadas.
- II) En los casos de las relaciones de compraventa que existen entre empresarios; las garantías que el vendedor debe prestar se dividen en dos categorías: la obligación de saneamiento por vicios ocultos, y la obligación de saneamiento por evicción.
En lo relativo a la primera, se basa esta obligación en el deber del vendedor de entregar las mercancías pactadas como objeto del contrato tal y como se pactaron, es decir, sin ningún tipo de vicio o menoscabo; debiendo en caso de concurrencia de estos reparar los daños causados al comprador. Así pues, debe haber una conformidad por parte de este último con respecto a las mercancías entregadas; para lo cual el acreedor – comprador puede examinarlas al momento de su entrega. Sin embargo y,

¹⁹ “1. Cuando el importe de una compra o de un servicio hubiese sido cargado fraudulenta o indebidamente utilizando el número de una tarjeta de pago, el consumidor y usuario titular de ella podrá exigir la inmediata anulación del cargo. En tal caso, las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del empresario y del consumidor y usuario titular de la tarjeta se efectuarán a la mayor brevedad.

2. Sin embargo, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el consumidor y usuario titular de la tarjeta y la exigencia de devolución no fuera consecuencia de haberse ejercido el derecho de desistimiento o de resolución, aquél quedará obligado frente al empresario al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación”.

en caso de que no lo hiciera, el vendedor tiene derecho a exigirle a aquél que realice esa inspección; debiéndose esto a la rapidez de las relaciones mercantiles. Es decir, cuanto antes conozca el vendedor la falta de conformidad del comprador, antes podrá dar por terminada esa relación contractual concreta, y así antes podrá continuar con su rutina habitual, pudiendo realizar otros contratos y procurando con ello la seguridad del tráfico mercantil.

Sin embargo, ese examen previo no es tan sencillo en aquellos casos en los que los vicios no son aparentes, si no que se trata de vicios ocultos que únicamente con el paso del tiempo el comprador puede llegar a distinguir; debiendo discernir en estos casos si hubo buena o mala fe por parte del vendedor. Así mismo, y de forma independiente a estos vicios, nos encontramos con la figura del *aliud pro alio*; por la cual el vicio de que se trate en cada caso supone la entrega de una cosa distinta a la pactada en el contrato, debiendo cumplir no obstante una serie de requisitos, siendo las más importantes la inutilidad que tiene para el comprador la cosa entregada, así como su total insatisfacción, contando no obstante con una serie de acciones para la reparación de los daños que hubiera sufrido con motivo del incumplimiento, como son la acción redhibitoria y la acción *quantum minoris*.

Por otra parte, en lo que respecta a la obligación de saneamiento del vendedor por caso de evicción, se trata simplemente de la obligación de satisfacer el interés del comprador y abonarle los daños que hubiera sufrido por motivo de la negación que haya sufrido en su derecho de disfrute de la cosa objeto del contrato; debido a una resolución judicial inducida por un derecho anterior al suyo.

Es decir, se trata de aquellos casos en los que el objeto del contrato no es del vendedor, existiendo por ello un derecho de un tercero ajeno al contrato anterior a la celebración de éste y que, mediante resolución judicial, pretende obtener nuevamente lo que es legítimamente suyo. Hay que exceptuar, sin embargo, aquellos supuestos en los que el comprador ya haya adquirido la propiedad mediante prescripción adquisitiva.

Así mismo, el Código de Comercio determina en su art. 85 la imposibilidad de actuación del legítimo propietario contra el comprador, debido a la prescripción automática que actúa en aquellos casos en los que las mercancías se compraron en un establecimiento abierto al público; dejando con ello inutilizada por completo la figura de la obligación de saneamiento por evicción en el ámbito mercantil.

Sin embargo, este precepto actúa en relación a las compraventas mercantiles, por lo que no tendría validez en el ámbito de las compraventas con consumidores, ya que como se ha tratado con anterioridad, se constituye como una rama aparte del derecho mercantil. Así pues, debemos tener claro que las compraventas que se realizan en establecimientos abiertos al público son, en su inmensa mayoría, contratos realizados con consumidores; para los cuales no actúa la prescripción automática contenida en el art. 85.

- III) Así pues, y como ya se dispuso, el régimen del saneamiento por evicción carece de utilidad actual en el ámbito mercantil en nuestro ordenamiento jurídico; aunque bien es cierto también que el derecho mercantil progresivamente va perdiendo fuerza, limitándose en nuestros días solamente a los pocos contratos que entre empresarios puedan llevarse a cabo y a la regulación de las sociedades, de un modo similar aunque no tan marcado a lo que ocurre con la contratación en el derecho civil.

Es verdaderamente acentuado el carácter residual que ha ido adquiriendo con el paso de los años la figura de la contratación estrictamente civil, limitándose ahora a los arrendamientos y a otros pocos tipos de contratos más, debiendo no obstante reconocer la permanencia en el tiempo de su naturaleza subsidiaria, tanto para la contratación mercantil como para el derecho del consumo.

Siendo así, también debemos observar que el mismo fenómeno ocurre con el derecho mercantil que, si bien sigue teniendo utilidad en aquellos casos en los que comprador

y vendedor única y exclusivamente persiguen con el contrato celebrado (limitándonos a los casos de compraventa) poder continuar con sus actividades correspondientes. La explicación de esto es simple: Cuando se celebra un contrato de compraventa entre dos empresarios se debe a que ambos necesitan cierto tipo de ayuda para conseguir alcanzar sus fines propios; es decir, para lograr las metas que se hubieran propuesto en el momento en el que crearon una empresa para obtener con ella un rendimiento económico, ya sea mayor o menor de lo esperado.

Se basa esto en el hecho de que la relación contractual de compraventa se realiza no para destinar los bienes obtenidos a un ámbito patrimonial privado y familiar del propio comprador, sino para designarlos a su propio tráfico empresarial, con intención de revender los bienes. Si bien es cierto que se dictamina en la legislación mercantil que dicha reventa se puede realizar entregando los objetos adquiridos mediante el primer contrato en una compraventa posterior tal y como se obtuvieron, sin ningún tipo de cambio; lo más habitual es que se reintroduzcan en el tráfico mercantil con algún tipo de modificación, dependiendo del uso y la finalidad que el empresario comprador quiera darle según sus expectativas.

Con ello se puede observar una especie de cadena de montaje, donde cada eslabón se puede distinguir individualmente en cada caso, constituyéndose como un empresario que lleva a cabo la realización de un cambio en la materia prima que se hubiese adquirido en un primer momento, hasta crear un producto final totalmente nuevo con respecto a cómo era en un principio, siendo este último el que salga al mercado y siendo justo en el momento anterior a su creación cuando se acaben las relaciones entre empresarios. Así, podemos observar una variedad de ejemplos en nuestra rutina diaria, como el caso de las tiendas de ropa, empresas cuyas fábricas debieron adquirir con anterioridad y por parte de otro empresario la tela necesaria para crear sus conjuntos; o en las empresas de tecnología, donde necesitan conseguir las materias primas necesarias para elaborar sus creaciones, así como otros bienes adquiridos no con la intención de modificarlos y depositarlos nuevamente en el mercado, sino para que les sirvan de apoyo para conseguir alcanzar ese objetivo. Así por ejemplo, en aquellos supuestos de ventas de muebles donde, por una parte, el empresario debe obtener la madera o los materiales o mercancías necesarios para la creación, ya sea o no en cadena (aunque lo habitual es que lo sea), de los muebles que desea producir. Pero por otra parte necesita también todos aquellos bienes que sean necesarios para que dicha producción tenga lugar, ya sean de tipo manual o mecanizado, pero mediante los cuales pueda dar forma al producto que desea poner en el mercado para lograr con su venta un beneficio económico.

Así, las relaciones contractuales mercantiles subsisten únicamente por el hecho de que sigue siendo necesario regular en nuestros días los acuerdos realizados entre empresarios, ya que aún ahora pocos son lo que pueden elaborar un producto y sacarlo al mercado de forma independiente y sin necesitar la intervención de otro productor.

IV) Sin embargo, como decíamos con anterioridad, el derecho mercantil está, poco a poco, quedándose atrás y perdiendo fuerza; a pesar de lo que ahora explicábamos. Se debe este acontecimiento a varios motivos, pudiendo resaltar esencialmente dos:

- a) En primer lugar, el derecho mercantil se ha ido empobreciendo, deteriorando y quedando obsoleto con el paso de los años, fundamentalmente por la regulación que de éste existe. Es decir, el derecho mercantil va perdiendo vigencia debido a la regulación octogenaria que de él existe; puesto que la legislación prototípica del derecho mercantil se basa en el Código de Comercio, sin perjuicio de otras leyes. Esta ley del año 1885 a duras penas sí ha sufrido modificaciones a lo largo del tiempo, quedándose de todo punto anticuada; además del hecho de que en el momento de su promulgación vio la luz de forma muy repentina, gracias a lo cual a día de hoy se le atribuyen varios

errores en su sistemática; provocando con ello una regulación inexacta y en ocasiones desacertada que requiere en ocasiones de apoyo legal ajeno. Se debe esto al hecho de que fuera el Código de Comercio promulgado con anterior al Código Civil, dejando sin embargo conceptos al aire, con el deseo de que fuera el derecho civil el que llenase esos vacíos, pero procurando con dicha actuación no obstante crear más dudas en lo que respecta a las relaciones mercantiles. Dicha remisión al ordenamiento civil procuró dejarla clara desde el primer momento el legislador mercantil, cuando la incorporó al Código de Comercio en su art. 2²⁰. Cabe destacar, sin embargo, la próxima adhesión a nuestro ordenamiento del nuevo Código Mercantil, el cual a pesar de suponer una regulación más actual tanto de los contratos, como de las sociedades (principalmente), no puede llegar a asegurar que el derecho mercantil pueda salir de decadencia en la que se encuentra.

- b) Por otra parte, el derecho mercantil ha ido desapareciendo de forma paulatina para dejar paso con ello a otra rama del ordenamiento de novedoso surgimiento. Se trata, claro está, del derecho de consumo, el cual poco a poco ha ido arrebatando espacio tanto al ordenamiento mercantil como al civil; puesto que las relaciones que aquél otro regula no se pueden llegar a incorporar actualmente ni en una categoría ni en otra. Se basa esta conclusión en el hecho de que ambos órdenes, tanto el civil como el mercantil tratan relaciones entre iguales, ya sea entre empresarios o ya sea entre particulares; procurando que las relaciones comerciales tengan un carácter horizontal. Por su parte, el derecho de consumo supone una relación vertical, desigual entre los sujetos que intervienen en el contrato, procurando con ello el derecho de consumo actuar como una herramienta que lo único que procura es conseguir que las relaciones sean lo más horizontales que sea posible. Se trata de relaciones entre empresarios y particulares, en las cuales el primero tendría la mayor parte del poder de la relación, pudiendo ello convertirse en una amenaza para el buen cumplimiento del contrato, sin que cause ningún tipo de perjuicio a ninguna de las partes. Por otra parte, centrándonos en los sujetos, es por motivo de estos por los que no podemos englobar este tipo de derechos ni en el ámbito del derecho civil ni del mercantil, puesto que para ambas ramas será de un tipo u otro si se centran más en la figura del consumidor particular o en la del empresario.

- V) Considerando el derecho de consumo como una rama aparte del ordenamiento, y que con su alzamiento provoca en contrapartida la decadencia de otros órdenes jurisdiccionales, debemos destacar ahora la especial protección que hace de la figura del consumidor; sin negar, no obstante, la aplicación subsidiaria tanto del derecho mercantil, como del derecho civil.

La regulación legal de este derecho se basa en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el cual regula los aspectos más básicos de la contratación con consumidores, así como sus derechos y las obligaciones a las que está sujeto el empresario a dar cumplimiento; aunque todo ello sin perjuicio de que existan otras leyes que supongan de igual forma una protección para los consumidores.

- VI) Así, por ejemplo, en los casos de contratación donde concurren condiciones generales, debemos tener en cuenta la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; sin que ello impida la simultánea aplicación de lo dispuesto en el TRDGCU en lo que respecta a aquellos casos en los que el adherente es, además, consumidor. La explicación de esto se basa en el hecho de que estas relaciones entre

²⁰ “Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común”.

empresario y particular no obstan, sin embargo, para que las relaciones desiguales y asimétricas puedan tener lugar entre dos empresarios, donde uno de ellos, con menor poder se ve sujeto a lo que disponga el empresario predisponente. Cabe por tanto que en este tipo de contratos, donde concurren condiciones generales, el adherente sea también un empresario, puesto que así lo permite el art. 2.3²¹ de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación; así como el párrafo primero²² del art. 2 de la misma ley.

Esto no implica que el consumidor tenga que acogerse a la protección que le otorga una legislación u otra; al contrario, le asiste la protección de dos textos legales, mientras que en el caso de aquellos adherentes que sean empresarios o personas físicas, únicamente se verán protegidos mediante la ley de condiciones generales.

- VII) Así pues, podemos centrarnos ahora en aquellos ámbitos en los que la obligación de garantía del empresario se hace más evidente, así como la definición que se ha dado tanto a dicha figura como a la del consumidor, encontrándonos con que todo ello se regula mediante el TRDGCU. Debemos observar, por tanto, qué es lo que se entiende como consumidor, lo cual define la ley en su art. 3²³; haciendo especial hincapié a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro. Es consumidor, pues, la persona física que actúa en el tráfico económico sin ningún otro propósito que integrar aquellos bienes que hubiera adquirido a su patrimonio privado, reduciéndose el uso que vaya a darle a éstos a un ámbito estrictamente familiar o a cualquier otro que hayan designado las personas jurídicas sin ánimo de lucro. Cabe también distinguir entre consumidor y usuario, aunque la diferenciación es mínima.

Por su parte, el concepto de empresario lo encontramos recogido en el art. 4²⁴ de la citada ley, delimitándose a aquella persona física o jurídica que actúe con un propósito que se encuentre relacionado con su actividad empresarial; es decir, es empresario quien mediante la celebración del contrato procura obtener una serie de ganancias.

- VIII) Debemos contar así mismo con los derechos destinados a la protección de los intereses de los consumidores, todos ellos recogidos en la ley; aunque bien es cierto que lo verdaderamente importante aparte de estos son las garantías que asisten a los consumidores y usuarios a la hora de celebrar un contrato. Teniendo esto en cuenta, debemos señalar, por ejemplo, el derecho de información previa al contrato cuyo cumplimiento corresponde al empresario y que se encuentra recogido en el art. 60²⁵ TRGDCU; cuya finalidad es únicamente procurar que, en el momento de celebrar el contrato, el consumidor pueda prestar su consentimiento de forma libre y sin que hubiese sido manipulado de alguna forma por el empresario. Por otra parte, una vez

²¹ “El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad”.

²² “La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente”.

²³ “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

²⁴ “A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.

²⁵ “Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas”.

celebrado el contrato, en ciertos casos cuenta el consumidor o usuario con un derecho de desistimiento; el cual le permitiría resolver el contrato sin necesidad de dar justificación alguna ni poder así mismo ser penalizado de ninguna forma; contando con la posibilidad de emplear dicho derecho en el plazo de 14 días a partir del momento en el que el empresario hubiera entregado el bien o servicio pactado y hubiera cumplido con su obligación de información previa al contrato.

IX) Cabe señalar además la protección adicional con la que cuenta el consumidor en los supuestos de ventas a distancia y ventas fuera de los establecimientos mercantiles²⁶, donde se engloba la imposibilidad del empresario de realizar envíos no solicitados (y las garantías que asisten al particular en caso de que se hicieran); así como las garantías y servicios posventa con los que cuenta el consumidor y que tendrán cabida una vez celebrado el contrato. Entre estas garantías nos encontramos con la obligación del empresario de entregar productos con los que el consumidor esté conforme; las acciones de reparación, sustitución, rebaja del precio o resolución del contrato en caso de no estarlo; la garantía comercial adicional; y el servicio de reparación posventa.

X) Se debe así mismo hablar de la responsabilidad civil del empresario, responsabilidad que se basa en una indemnización por daños y perjuicios que hubieran tenido lugar por motivo de aquellos bienes o servicios que hubiesen sido prestados por él. El ámbito de aplicación de esta responsabilidad es amplio²⁷, aunque bien es cierto que contiene así mismo una serie de excepciones²⁸. Los responsables de los daños que se hubieran causado serán el productor o el proveedor; existiendo un régimen de solidaridad entre todos los responsables, sin que ello perjudique el hecho de que el propio perjudicado pueda tener parte de culpa en el daño producido; pudiendo con ello limitar o extinguir la responsabilidad del productor.

Existe, por tanto, una responsabilidad de tipo objetiva, por lo que no surge por el simple hecho que un bien o servicio prestado haya causado un daño o perjuicio.

Este tipo objetivo de responsabilidad se puede basar en el art. 128²⁹ de la ley, el cual simplemente se remite a aquella persona que hubiese sido perjudicada por culpa de un bien o servicio prestado. El hecho de que no se especifique claramente que se entiende al consumidor o usuario como perjudicado, nos lleva a pensar que perjudicado es todo aquel que hubiera sufrido daños por el bien, con independencia de que fuera o no quien celebrou el contrato en un principio. Así pues, esto supone que no solamente existe una responsabilidad contractual por los daños sufridos, sino también una responsabilidad extracontractual por la que el productor o proveedor responderá de los daños que causen las mercancías, a pesar de no tener ningún vínculo jurídico con los perjudicados.

Ello conlleva así mismo que exista un doble régimen de protección para los perjudicados: por una parte las garantías que debe prestar el empresario según lo dispuesto en el TRGDCU; y por otra el régimen de responsabilidad que dispone el

²⁶ Art. 92 TRGDCU: “Se regirán por lo dispuesto en este título los contratos celebrados a distancia con los consumidores y usuarios en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo”.

²⁷ Art. 129.1 TRGDCU: “El régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado”.

²⁸ Art. 129.2 TRGDCU: “El presente libro no será de aplicación para la reparación de los daños causados por accidentes nucleares, siempre que tales daños se encuentren cubiertos por convenios internacionales ratificados por los Estados miembros de la Unión Europea”.

²⁹ “Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios”.

mismo Código Civil, donde también trata tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual; aunque centrándonos en la legislación de consumo, podemos establecer que lo importante es que el defecto del que adolecía el bien debe haber tenido lugar en un momento anterior a la entrega del mismo.

- XI) Sin embargo y, a pesar de toda la protección que los consumidores y usuarios se ha llevado a cabo durante todos esos años; debemos tener presente la idea fundamental de que dicha protección no habría visto la luz de no ser por el hecho de que, en el fondo, lo que se pretende es defender los intereses de los propios empresarios a través de reglas indirectas sobre competencia que aunque protejan a los particulares, también los defienden a ellos.

Un ejemplo en la legislación de consumo lo podemos encontrar en el régimen de la publicidad, tratada también en el TRGDCU³⁰, aunque bien es cierto que la principal norma que debemos tener en cuenta para ello es la *Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad*, sin poder olvidarnos de señalar, así mismo, la *Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal*. Dicha ley categoriza como ilícita una serie de actuaciones publicitarias, encuadradas en diversos tipos³¹, con la finalidad de conseguir con ello defender al consumidor o usuario; a pesar de lo cual, sin embargo, subsiste un interés para los demás empresarios: Si no se siguen las exigencias de la buena fe, llevando a cabo actos publicitarios ilícitos, ello provocaría daños en la imagen del resto de empresarios.

Esta protección primordial hacia los empresarios podemos observarla, por ejemplo, en el hecho de que los actos desleales provocarán con su existencia una defensa para los afectados solamente cuando se siga el criterio del consumidor medio, por el cual, si el consumidor no fuera razonablemente perspicaz, la publicidad no se reputaría como desleal. Si bien es cierto que existen casos variopintos en los que muy pobremente se podría tachar un acto como ilícito o desleal, no lo es más el hecho de que el consumidor, el usuario o el perjudicado por el simple hecho de serlo merece una protección contra aquellos actos que puedan incidir sobre su consentimiento; sin tener que preocuparse el legislador sobre si esa defensa servirá también de apoyo a los comerciantes.

Esta protección indirecta aunque palpable hacia los empresarios podemos observarla también en las actividades de promoción de ventas, las cuales encontramos fundamentalmente recogidas en la *Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista*, existiendo nuevamente diversas modalidades³². Dichas

³⁰ En su art. 61 establece los siguientes criterios:

“1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.
2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.
3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad”.

³¹ Encontramos así la publicidad inconstitucional (que atenta contra valores constitucionales, como la dignidad), la publicidad subliminal (actúa sobre el público sin ser conscientemente percibida), la publicidad dirigida a menores que incite a la compra aprovechando su inexperiencia, la publicidad que infrinja la normativa especial, y la publicidad engañosa, desleal y/o agresiva; conteniendo éstas una consideración de competencia desleal.

³² Encontramos así:

- La venta en rebajas, que supone que los productos en venta se ofertan en el mismo establecimiento donde se encontraban habitualmente a un precio inferior al fijado antes de dicha venta.
- La venta en promoción, las cuáles se podrían considerar más como un cajón de sastre con respecto al resto de actos de promoción.

actividades, a pesar de presentar una regulación protectora para con aquellos sujetos que intervienen en las ventas realizadas como compradores; contienen un régimen de apoyo para el comercio minorista.

Un ejemplo lo encontraríamos con respecto a la venta en rebajas, la cual contiene plazos anuales, por los cuales solo puede haber una época de rebajas dos veces al año (coincidiendo normalmente con el principio del año y con el periodo estival), así como plazos de duración por los que su prolongación se encuentra comprendida entre un mínimo de 1 semana y un máximo de 2 meses de acuerdo con la decisión de cada comerciante y dentro de las fechas fijadas, sin que quepa en ningún caso que la fecha de inicio coincida con un domingo o festivo.

Con lo expuesto podemos sacar dos conclusiones con respecto a la protección que de los empresarios se lleva a cabo:

1.- Por una parte, la duración de las ventas en rebajas debe delimitarse a los plazos marcados; ya que de ser estos mayores o incluso indefinidos, los grandes comercios conseguirían acabar con los pequeños en cuestión de tiempo; razón por la cual se han reducido este tipo de actuaciones a únicamente dos periodos anuales.

2.- Por otra, la prohibición de que este tipo de ventas comience un domingo o festivo, supone una ayuda para los pequeños comerciantes, ya que estos en la mayoría de ocasiones no se pueden permitir tener varios empleados a su cuidado, al contrario de los grandes empresarios, que pueden permitirse la contratación de una plantilla.

Esta protección se lleva a cabo, como ya se ha dicho, para proteger a los pequeños comerciantes, ya que de no existir estas reglas, en muchas ocasiones ello hubiera provocado la extinción del comercio minorista, puesto que las grandes superficies podrían sin problema alguno desgastarlos en el tráfico mercantil habitual; debido tanto a la plantilla como a los bienes y servicios que ofertan. Así pues, y como reflexión final, aunque el derecho de consumo sirva para la protección de los consumidores, bien es cierto que también ha surgido con motivo de prestar apoyo a los comerciantes; constituyéndose con ello como dos caras de la misma moneda donde la falta de una provocaría la inexistencia de la otra. Muchas normas protectoras de los derechos que por naturaleza debieran asistir a los consumidores y usuarios, no hubieran visto la luz de no ser por la presión que los empresarios muchas veces ejercían sobre el legislador; de la misma forma que si no llegase a existir el derecho de consumo, muchos comerciantes habrían visto perjudicado su rendimiento económico o incluso no habrían podido subsistir sin grandes problemas.

- La venta de saldos, en las que su objeto recae sobre productos cuyo valor de mercado aparezca manifiestamente disminuido a causa de su deterioro, sin que un producto tenga esta consideración por tratarse de un excedente.

- La venta en liquidación, de carácter excepcional, y con una finalidad extintiva de determinadas existencias y productos que tienen lugar en ejecución de una decisión judicial o administrativa, o bien se realiza por el comerciante o por el nuevo adquirente del negocio en cualquiera de los 4 casos tasados (cesación total o parcial de la actividad comercial, cambio de la rama de comercio, cambio de local, o cualquier otro supuesto de causa mayor).

- La venta con obsequio o prima, ventas donde para promoverlas se oferta un premio con ellas, con independencia de su naturaleza.

Bibliografía

- MOXICA ROMÁN, J. “La compraventa mercantil e instituciones afines: análisis de doctrina y jurisprudencia: formularios”, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000.
- PAÑOS PÉREZ, A. “Derechos y garantías del consumidor en el ámbito contractual”, Editorial Universidad de Almería, Almería, 2010.
- BOTANA CARCÍA, G. A. “Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores”, J. M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1994.
- VÉRGEZ, M. “La protección del consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo”, en *colección monografías Aranzadi*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2004.
- LARA GONZÁLEZ, R. y ECHAIDE IZQUIERDO, J. M. “Consumo y derecho: Elementos jurídico-privados del derecho del consumo”, Esic Editorial, Madrid, 2006.
- GOMEZ CALERO, J. “Los derechos de los consumidores y usuarios”, Dykinson, Madrid, 1994.