

TRATADO DE DERECHO MERCANTIL

MANUEL OLIVENCIA
CARLOS FERNÁNDEZ-NÓVOA
RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA

(Directores)

GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ
(Coordinador)

EL CONTRATO MERCANTIL DE COMPRAVENTA

ENRIQUE SECO CARO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2009

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	Pág. 15
-------------------	------------

CAPÍTULO I

CUESTIONES GENERALES

I. SIGNIFICACIÓN DE LA COMPRAVENTA EN EL DERECHO MERCANTIL.....	17
A) Comercio y compraventa.....	17
B) Comercio y distribución.....	20
C) Regulación administrativa del comercio interior.....	26
II. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA.....	29
A) En la codificación del siglo XIX.....	29
a) Codificación mercantil.....	30
b) Duplicidad de Códigos de Derecho privado.....	34
c) Concepto legal de compraventa.....	36
B) Evolución posterior.....	38
III. CARÁCTER MERCANTIL DE LA COMPRAVENTA.....	40
A) Planteamiento.....	40
B) Opiniones doctrinales.....	40
C) Criterio legal para atribuir carácter mercantil al contrato de compraventa.....	45
a) Criterio legal de mercantilidad.....	45
b) Jurisprudencia sobre el tema.....	53
1. Compraventa mercantil.....	53
2. Diferenciación de ciertos contratos respecto de la compraventa.....	60
c) Los supuestos de exclusión.....	64
1. Compra para el consumo.....	65
2. Venta de productos por labradores, ganaderos, propietarios y artesanos.....	77
3. Reventa de acopios para el consumo.....	83
D) Conclusión.....	86

CAPITULO II
FORMACIÓN DEL CONTRATO

I.	INTRODUCCIÓN.....	87
II.	REMISIÓN AL DERECHO CIVIL.....	88
III.	ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO	89
	A) Conceptos previos.....	89
	B) El consentimiento de los contratantes.....	90
	<i>a)</i> Planteamiento	90
	<i>b)</i> El elemento intencional en la compraventa mercantil	90
	<i>c)</i> Otras disposiciones mercantiles relativas al consentimiento.....	95
	1. Consentimiento condicionado	95
	2. Venta de cosa futura	102
	3. Arras	103
	<i>d)</i> Modos en la prestación del consentimiento	105
	C) El objeto del contrato	106
	<i>a)</i> La cosa.....	106
	1. Determinación de la cosa	107
	2. Idoneidad del objeto del contrato.....	107
	3. Clasificación de los objetos en la compraventa mercantil	115
	<i>b)</i> El precio.....	127
	1. Caracteres legales del precio	127
	2. Otras cuestiones relativas al precio	129
	D) Causa de la obligación	130

CAPÍTULO III
LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO

I.	INTRODUCCIÓN.....	135
II.	CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO.	136
	A) Disposiciones de Derecho común.....	136
	B) Normas particulares en el Código de Comercio.....	142
	C) Leyes especiales que modifican el Derecho común	143
	<i>a)</i> Planteamiento	143
	1. Ley de ordenación del comercio minorista (1996)	143
	2. Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (1984)	146
	<i>b)</i> Integración de la publicidad en el contrato	147

	<u>Pág.</u>
c) Oferta y aceptación	147
d) Forma de los contratos	148
III. CONSECUENCIAS DE LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO.....	151
A) La creación de obligaciones recíprocas	151
B) La transmisión de la propiedad	155
C) El riesgo en la compraventa mercantil.....	159
a) El problema del riesgo.....	159
1. Planteamiento general	159
2. Concepto de riesgo	161
3. Dificultades del tema en Derecho mercantil	163
b) La transmisión del riesgo	187
IV. CRISIS EN LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO.....	191

CAPÍTULO IV

CONTENIDO DEL CONTRATO

I. INTRODUCCIÓN.....	195
II. OBLIGACIONES DEL VENDEDOR.....	196
A) Planteamiento.....	196
B) Entrega de la cosa	198
a) Concepto	198
b) Entrega y puesta a disposición	199
1. Distinción.....	199
2. Regulación legal y efectos.....	199
c) Objeto de la entrega.....	201
1. Planteamiento	201
2. Idoneidad	202
3. Cantidad.....	205
4. Calidad.....	206
5. Reconocimiento por el comprador	207
d) Circunstancias de la entrega	210
1. Tiempo	210
2. Lugar.....	211
3. Documentación.....	212
e) Gastos de la entrega.....	213
f) Formas de entrega	213
C) Saneamiento de la cosa vendida	216
a) Regulación legal	216

	<u>Pág.</u>
<i>b)</i> Concepto de saneamiento	218
<i>c)</i> Saneamiento por evicción	221
<i>d)</i> Saneamiento por vicios ocultos	223
1. Concepto	223
2. Distinción de otros supuestos	227
3. Plazo para la reclamación	235
4. Acción ejercitable	238
5. Prueba de los vicios	243
6. Pérdida de la acción. Caducidad	244
<i>e)</i> Las garantías de fabricación	246
D) Incumplimiento de las obligaciones del vendedor	249
<i>a)</i> Incumplimiento de la entrega de la cosa	249
1. Principio general	249
2. Momento de la entrega	250
3. Objeto defectuoso	253
<i>b)</i> Incumplimiento de la obligación de garantía	254
III. OBLIGACIONES DEL COMPRADOR	254
A) Preliminar	254
B) Pago del precio	255
<i>a)</i> Regulación legal	255
<i>b)</i> Cuantía del precio	257
<i>c)</i> Circunstancias del pago	260
1. Tiempo y lugar	260
2. Modalidades del pago	266
<i>d)</i> Morosidad en el pago	267
C) Recepción de la cosa	269
<i>a)</i> Concepto	269
<i>b)</i> Efectos	271
D) Incumplimiento de las obligaciones del comprador	273
<i>a)</i> Incumplimiento de la obligación de pago del precio	273
1. Momento en que se produce	273
2. Sanción	276
3. Intereses moratorios	277
<i>b)</i> Incumplimiento de la obligación de recibir la cosa comprada	281
1. Momento en que se produce	281
2. Opciones del vendedor	282
3. Depósito de la mercancía	283

CAPITULO V

COMRAVENTAS INTERNACIONALES

I. LA CONTRATACIÓN MERCANTIL INTERNACIONAL	289
II. NECESIDAD DE LA UNIFICACIÓN LEGISLATIVA	291
III. LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE COMPRAVENTA...	293
A) Antecedentes y aprobación	293
B) Significado del Convenio de Viena de 1980.....	296
IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS COMRAVENTAS INTERNACIONALES...	297
A) Estructura y contenido de la ley	297
PARTE I. Introducción.....	297
a) El ámbito de aplicación del Convenio de Viena	298
b) Disposiciones generales.....	300
PARTE II. Introducción	301
a) La oferta.....	301
b) La aceptación.....	302
PARTE III. Introducción	304
a) Capítulo II. Obligaciones del vendedor.....	305
1. Obligación de entrega.....	306
2. Obligación de transmitir la propiedad.....	311
3. Obligación de entrega de documentos	313
4. Derechos y acciones del comprador en los casos de incumpli-	
miento del contrato por el vendedor	314
b) Capítulo III. Obligaciones del comprador	325
1. Introducción.....	325
2. Obligación de pago del precio.....	326
3. Obligación de recepción de las mercaderías	328
4. Derechos y acciones del vendedor en los casos de incumpli-	
miento del contrato por el comprador	328
c) Capítulo IV. Transmisión del riesgo	330
d) Capítulos I y V. Disposiciones comunes	336
PARTE IV. Disposiciones finales.....	341
B) Vigencia de la Convención de Viena	341

CAPÍTULO VI

COMRAVENTAS ESPECIALES

I. INTRODUCCIÓN.....	343
----------------------	-----

	Pág.
II. CONCEPTO	344
III. RÉGIMEN JURÍDICO.....	345
IV. SUPUESTOS TRADICIONALES	348
A) Planteamiento.....	348
B) Venta de plaza a plaza	348
a) Concepto	348
b) Régimen jurídico	350
c) Cláusulas usuales	354
d) La venta a distancia en la LOCM.....	358
1. Observación preliminar	358
2. Concepto.....	359
3. Régimen jurídico	363
C) Venta con especificación	366
a) Concepto	366
b) Régimen de la especificación	367
D) La compraventa a plazos	368
a) Antecedentes.....	368
b) Régimen jurídico	371
1. Concepto.....	371
2. Exclusiones.....	372
3. Forma y requisitos de los contratos.....	372
4. Normas procesales.....	373
V. COMPRAVENTAS ESPECIALES EN LA LOCM.....	373
A) Introducción	373
B) Tipos de ventas especiales en la LOCM.....	374
a) Venta automática.....	374
b) Venta ambulante	376
1. Distinción inicial	376
2. Concepto.....	377
3. Régimen jurídico	379
c) Venta en pública subasta.....	381
d) Ventas contenidas en el Título II de la LOCM.....	383
1. Introducción.....	383
2. Tipos de ventas del Título II de la LOCM	385
e) Otras ventas reguladas en el Título II de la LOCM	391
1. Venta multinivel.....	391
2. Ventas en pirámide	395
VI. SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS DE VENTAS ESPECIALES.....	396

CAPITULO VII

CONTRATOS AFINES A LA COMPRAVENTA

I. INTRODUCCIÓN	399
II. CONTRATO DE SUMINISTRO	400
A) Concepto	400
B) Naturaleza jurídica	407
C) Carácter mercantil	413
D) Régimen del contrato	417
a) Contratos de Derecho privado	417
1. Cuestiones generales	417
2. Elementos del contrato. Derechos y obligaciones.....	418
3. Perfección del contrato.....	420
4. Pago del precio	421
5. Consumación del contrato	422
6. Incumplimiento.....	423
7. Denuncia de vicios ocultos.....	426
8. Novación del contrato	426
b) Contratos administrativos	428
1. Perfección	428
2. Requisitos para contratar	428
3. Prestaciones de las partes	429
4. Formalidades	429
5. Ejecución	429
6. Modificación de los contratos	430
E) Extinción.....	430
III. CONTRATO ESTIMATORIO	435
A) Preliminar	435
B) Concepto.....	436
C) Naturaleza jurídica	438
a) El contrato estimatorio asimilado al depósito	438
b) El contrato estimatorio asimilado a la compraventa	444
c) El contrato estimatorio asimilado a la comisión	446
D) Régimen del contrato	448
a) Cuestiones generales.....	448
b) Perfección del contrato	449
c) Ejecución del contrato	450
1. Entrega de los objetos	450
2. Transmisión de la propiedad	451
3. Efectos del contrato	452
4. Transmisión del riesgo.....	453

	<u>Pág.</u>
5. Devolución de lo no vendido	454
6. Ganancias de los contratantes	455
7. Responsabilidad civil.....	455
E) Extinción.....	456
BIBLIOGRAFÍA	459

CAPÍTULO I

CUESTIONES GENERALES

SUMARIO: I. SIGNIFICACIÓN DE LA COMPRAVENTA EN EL DERECHO MERCANTIL.—A) Comercio y compraventa.—B) Comercio y distribución.—C) Regulación administrativa del comercio exterior.—II. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA.—A) En la codificación del siglo XIX—*a*) Codificación mercantil.—*b*) Duplicidad de Códigos de Derecho privado.—*c*) Concepto legal de compraventa.—B) Evolución posterior.—III. CARÁCTER MERCANTIL DE LA COMPRAVENTA.—A) Planteamiento.—B) Opiniones doctrinales.—C) Criterio legal para atribuir carácter mercantil al contrato de compraventa.—*a*) Criterio legal de mercantilidad.—*b*) Jurisprudencia sobre el tema.—1. Compraventa mercantil.—2. Diferenciación de ciertos contratos respecto de la compraventa.—*c*) Los supuestos de exclusión.—1. Compra para el consumo.—2. Venta de productos por labradores, ganaderos, propietarios y artesanos.—3. Reventa de acopios para el consumo.—D) Conclusión.

I. SIGNIFICACIÓN DE LA COMPRAVENTA EN EL DERECHO MERCANTIL

A) Comercio y compraventa

El comercio es ante todo y por propia naturaleza compraventa. Primitivamente lo fue y también hoy lo es: supone comprar para vender, es decir, hacer llegar las «mercaderías» desde el productor al consumidor. Cuando éste no es el propio productor de las cosas que se utilizan para satisfacer las necesidades sentidas por personas y grupos, quien necesita algo tendrá que adquirirlo de quien disponga con cierta abundancia de aquéllas.

Es cierto que el propio productor puede vender directamente, a quien las necesita, las cosas o géneros que él produce. Por eso, no todo lo que se adquiere para el consumo se compra a comerciantes. Sin embargo, cuando el progreso de la vida social y económica lo permite, una parte de los agentes económicos se especializa en la función de intermediación: compra para revender lo comprado. Entonces aparece el comercio, que a lo largo de los siglos ha sido y es una acti-

vidad necesaria e imprescindible para la vida económica de las sociedades evolucionadas en cualquier parte del mundo. Surgen los individuos o asociaciones que compran no para consumir, sino para volver a vender, facilitando la adquisición a los consumidores de todo aquello que precisan para cubrir sus necesidades. Los comerciantes no producen; adquieren cantidades de productos para venderlos a quienes los han de consumir. Sin perjuicio de posteriores matizaciones en las funciones de la intermediación, puede afirmarse que en la propia esencia del comercio está la compraventa.

No debe extrañarnos, por tanto, que cuando en el último tercio del siglo XIX se estaba realizando la revisión o reforma del Código de Comercio de 1829 esa era una idea dominante porque se correspondía con la forma habitual de desarrollarse la vida económica mercantil. Lo reconoce así la Exposición de Motivos, fechada en 18 de marzo de 1882, que acompañó en su presentación a las Cortes al Proyecto de Código de Comercio (luego Código de 1885) y que fue suscrita por el entonces ministro de Gracia y Justicia don Manuel Alonso Martínez. En ella se manifestaba que el contrato de compraventa mercantil *es el más usual y frecuente en el comercio*.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de junio de 1926 decía, incidentalmente, para exigir celeridad y diligencia al comprador de unas mercancías lo siguiente: «en los actos y contratos mercantiles debe regir la mayor exactitud en los términos y se han de observar con rigor las leyes que declaran, modifican o extinguen las obligaciones, por la celeridad obligada para el desenvolvimiento de este género de relaciones contractuales, y porque la especial naturaleza de las operaciones de comercio exigen que, desde que los contratos se perfeccionan hasta llegar a solución, no medie sino el tiempo absolutamente necesario, y esa exactitud, norma para todos, adquiere mayor importancia en la compraventa, el más corriente de entre todos los contratos, del que se ha llegado a afirmar que en él consiste todo el comercio, y los demás son auxiliares, porque si en dicho contrato se admitieran situaciones imprecisas respecto al dominio de las cosas vendidas, al nacimiento de las obligaciones o al tiempo de extinguirlas, dificultaría la reventa, que constituye la base fundamental del contrato...»

O como diría en nuestros tiempos el profesor Garrigues: «El contrato de compraventa es el instrumento jurídico más frecuente y más importante para la circulación de los bienes en la moderna economía dineraria... Regulador del cambio de cosas contra dinero, domina este contrato el tráfico mercantil desde sus orígenes hasta la época presente» [GARRIGUES, *Tratado...*, p. 230. Los dos capítulos que se dedican a la compraventa en el citado Tomo del Tratado de Derecho Mercantil fueron previamente publicados en la *RDM* como artículos (varios), bajo el título común de Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil, en los años 1960 y 1961. La principal, y casi única, diferencia entre ambos textos consiste en la adición, en el Tratado, de abundantes citas de sentencias del Tribunal Supremo].

La lógica consecuencia de ello será la importancia que se le concederá en la normativa del Código de Comercio a este contrato.

Con todo, resultaba más evidente esta cuestión en la regulación que había establecido el Código de 1829 en el que muchas de las operaciones que hoy consideramos como posibles actividades mercantiles, llamémosles principales, se calificaban en ese Código de *oficios auxiliares del comercio*. Es lo que hacía el rótulo del Título tercero, del Libro primero: *De los oficios auxiliares del comercio y de sus obligaciones respectivas*. El art. 62 de dicho Código ordenaba:

«Están sujetos a las leyes mercantiles en clase de agentes auxiliares del comercio y con respecto a las operaciones que les correspondan en esta calidad:

- 1.º Los corredores
- 2.º Los comisionistas
- 3.º Los factores
- 4.º Los mancebos
- 5.º Los porteadores».

Si algunas de estas categorías siguieron dentro de la consideración de auxiliares, no cabe duda que ocurrió otra cosa con los comisionistas y porteadores en la regulación del Código de 1885. Pero más interés tiene resaltar que en el Libro segundo dedicado en 1829 [como en 1885] a los contratos *especiales* del comercio fue la compraventa el centro de tal regulación en la que apenas si aparecen depósito, préstamo, afianzamiento y seguro de conducciones terrestres, precedidos todos por las normas sobre sociedades o *compañías* y culminados con la regulación de la letra de cambio y cartas órdenes de crédito.

El contrato de compraventa es un contrato que históricamente permitió avanzar respecto de la permuta o trueque y que es coetáneo de la invención del dinero como medida del cambio. Así, quien necesitaba cosas ofrecía a cambio dinero; el que tenía cosas en exceso sobre sus necesidades de ellas, las ofrecía a cambio de dinero, y éste, a su vez, le permitiría adquirir otras cosas de las que careciese.

En todo caso, y cualquiera que sea la finalidad pretendida y las necesidades a cubrir, la compraventa, aparte de ser una operación económica, es, jurídicamente considerada, un contrato que hace depender la prestación de una parte, de la que debe realizar el otro contratante. Quizás no sea necesario remontarnos a antecedentes del Derecho romano antiguo, para tratar de averiguar si entonces se consideraba a la compraventa como un único contrato sinalagmático, o si se construía como una adición de dos contratos: la compra y la venta. La realidad legal de nuestros textos positivos vigentes es la de un contrato que genera obligaciones para el comprador y para el vendedor, obligaciones que son diferentes, como nacidas de dos estipulaciones diversas, pero recíprocas, dependientes unas de otras.

Si aceptamos en términos generales que la parte del Derecho positivo que llamamos Derecho mercantil es la que regula la actividad económica que cono-

ceмос como el comercio, no podrá haber duda de la importancia que para esta parte del ordenamiento jurídico tiene la compraventa.

La regulación de los contratos en los Códigos liberales (y entre ellos el español de 1885) y por tanto, la del contrato de compraventa mercantil en nuestro Código de Comercio pretende establecer pautas de solución de posibles incidencias en su cumplimiento en la vida del tráfico, es decir, una forma de ayudar a la más justa y fluida resolución de los convenios en las relaciones comerciales. La buena fe contractual tratará de conseguir la mayor rapidez en su culminación, la máxima ausencia de reclamaciones o litigios, la confianza pública. En materia mercantil se ha acuñado la expresión «crédito comercial» como concepto fundamental en las relaciones económicas. Todos esos fines aparecen aludidos reiteradamente en la Exposición de Motivos de 1882. La función económica del comercio es una necesidad en nuestra organización social. La legislación debe protegerla y, sin mengua de la justicia o de los derechos de los no comerciantes, regular su ejecución de modo que se alcancen lo más plenamente posible sus fines al servicio de la comunidad.

B) Comercio y distribución

Ya se ha expresado que la actividad económica que llamamos comercio se ha considerado tradicionalmente como la función intermediaria que facilita a los consumidores el acceso a los bienes, productos, e incluso servicios de los que aquéllos tienen necesidad. A lo largo de la historia, y hasta nuestros días la actuación de los sujetos económicos dentro del mercado ha ido evolucionando en continua búsqueda de nuevas fórmulas que hicieran posible la obtención del máximo beneficio. Para alcanzar ese fin había de procederse, como dice la moderna doctrina jurídica, de acuerdo con nuevos criterios: llevar a cabo políticas comerciales que permitieran reducciones de costes, obtención de las llamadas economías de escala, realizar campañas de información y publicidad para promocionar los productos, o provocar que fueran abriéndose paso las tendencias hacia la aceptación de una uniformidad en los bienes y productos ofertados y una «educación» en este sentido de los consumidores.

Como ya he dicho el concepto de comercio en nuestros días se va a ampliar, se va a hacer más laxo, y se lleva hasta abarcar no sólo a bienes y productos, sino también a los servicios. Del comercio tradicional se pasa al «comercio» moderno, a la cada vez más compleja actuación en el mercado de los operadores económicos. Hay que advertir con todo que, como reconoce la doctrina jurídica, el modelo tradicional sigue siendo válido actualmente en algunos sectores y en muchos lugares, dependiendo naturalmente de la evolución y modernización de las estructuras sociales y económicas de los mismos. Incluso coexiste con las formas más avanzadas de organización de los mercados. Se puede decir que existe el comercio en sentido estricto y que existe un conjunto o serie de actividades económicas a las que se puede conocer con el término de comercio en sentido amplio.

Debo añadir que también la terminología, junto con la naturaleza de los sujetos que operan en el comercio, evoluciona. Los canales tradicionales de mayoristas – minoristas [tránsito de los bienes desde el productor al consumidor] hoy se pueden «sustituir» por redes de distribución, grandes almacenes, supermercados o hipermercados, centros comerciales, o centros integrados. Se asimila con facilidad, incluso, el designar a algunas de esas formas nuevas con nombres procedentes del extranjero: *variety stores*, *discount-house*, *cash and carry*, *garden centers*, *shopping centers*, etcétera.

En tiempos relativamente recientes parece consolidarse una nueva terminología para designar ese tránsito de bienes, mercancías, productos o servicios desde el productor al consumidor, es decir, *el comercio*. Esta nueva terminología aparece no sólo en la doctrina científica, sino también en la práctica de aquellas actividades. Hoy se habla ordinariamente de *distribución* cuando se quiere aludir a esa realidad antigua y actual de las actividades intermediarias, pero no se define si son lo mismo, o si son dos realidades diferentes.

A este concepto alude la Exposición de Motivos de la Ley de Ordenación del Mercado Minorista (LOCM) de 1996, de la que, de paso, tengo que decir que me parece una disposición legislativa extraña por la mezcla heterogénea de normas que en ella se contienen y a la que, sin embargo, tendré que acudir con frecuencia posteriormente. Es más benévolo (a mi parecer en exceso) el juicio que formula sobre la Ley en general el profesor Rodrigo BERCOVITZ en el Prólogo del libro de Comentarios sobre dicha Ley y la Orgánica, ambas de la misma fecha, 15 de enero de 1996 [BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y LEGUINA VILLA, *Comentarios...*].

La Exposición se refiere a la distribución en cuatro ocasiones diferentes que van a ser recogidas a continuación, sin aclarar la duda que he expresado. Se inicia con estas palabras: «Los profundos cambios que ha experimentado la distribución comercial minorista (*sic*) en España, la incorporación de nuevas tecnologías y formas de venta y el reto que ha supuesto la Unión Europea, así como la dispersión de la normativa vigente obligan a un esfuerzo de sistematización, modernización y adecuación a la realidad de los mercados». Es lamentable la imprecisión con que se expresa el redactor de esta Exposición, que, diríamos, no sería mayor si hubiese sido buscada a propósito, y digo que parece calculada porque de otro modo es incomprensible su forma de expresión y su contenido. Nos podemos preguntar ¿a qué realidad económica se refiere la expresión «distribución comercial *minorista*»? ¿es lo mismo «distribución comercial minorista» que «comercio minorista»? ¿a qué se conecta la mencionada «incorporación de nuevas tecnologías»? ¿cuál es la materia regulada en la calificada como *dispersa* «normativa vigente»? Me parece que las exposiciones de motivos deben ser concretas y explicar la razón de ser de la norma jurídica a la que acompañan. En caso contrario, no sirven de nada.

Sigue diciendo la Exposición de Motivos: «La economía española precisa, para su adecuado funcionamiento, un sistema de distribución eficiente, que per-

mita asegurar el aprovisionamiento de los consumidores con el mejor nivel de servicio posible y con el mínimo coste de distribución». Luego añade que para ello «es preciso que el mercado garantice la óptima asignación de los recursos a través del funcionamiento de la libre y leal competencia». Esta afirmación no pasa de ser un loable deseo del legislador, toda vez que la ley no contiene disposiciones para alcanzar o conseguir tales objetivos. Ni se dice cómo el mercado puede garantizar la asignación de recursos, ni se concreta la alusión a la libre y leal competencia.

A continuación se vuelve al tema de la distribución: coexisten en España, se dice, dos sistemas de *distribución* «complementarios entre sí». El primero lo constituyen empresas y tecnologías modernas; el segundo integrado por las formas tradicionales de *comercio*, que siguen prestando importantes servicios a la sociedad española, pero que deben emprender una actualización y tecnificación que les permita afrontar el marco de la libre competencia. Como nueva extraña afirmación se dice que «la relación de complementariedad entre los dos sistemas mencionados debe también ser tenida, especialmente, en cuenta por el Legislador». ¿Es esto un consejo al legislador para el futuro, o es una declaración de lo que se pretende hacer con la propia Ley? ¿En qué se concreta?

Y una última referencia a la distribución. La ley dice querer «establecer unas reglas de juego en el sector de la distribución», y se califica a sí misma pretendiendo «ser la base para la modernización de las estructuras comerciales españolas, contribuyendo a corregir los desequilibrios entre las grandes y pequeñas empresas comerciales».

Dejando a un lado las muchas imprecisiones señaladas en que incurre la Exposición de Motivos de la LOCM, que parecen juegos verbales más que exposición de criterios para ayudar a la interpretación de la Ley, se puede intentar comprobar qué normas se establecen en la misma con la finalidad de regular la distribución comercial. Con todo este bagaje de alusiones a la distribución parece lógico esperar que encontraríamos en la Ley un conjunto normativo, una parte, o Título de ella, que teniendo una adecuada separación y sistematización, estableciera una adecuada regulación de la, reiteradamente aludida, distribución. Es una esperanza inútil. La ley no contiene ningún precepto que regule la tan nombrada «distribución», lo que ciertamente deja al intérprete en una situación de asombro e inseguridad. No hay concepto legal de distribución, sí lo hay de comercio minorista (art. 1). Pero, ¿es lo mismo la una que el otro?

Aunque la Ley no nos sirve para ello, conviene hacer un esfuerzo para aclarar si estamos en presencia de dos fenómenos diferentes o si con diferentes nombres se designa la misma función económica.

¿Cómo se define la distribución?

Afirma la doctrina [ALONSO SOTO, *Curso...*, p. 177] que «cuando hablamos de distribución comercial en su sentido más amplio nos estamos refiriendo a todas aquellas técnicas, procedimientos y contratos dirigidos a hacer llegar un

producto o servicio desde la empresa fabricante o proveedora hasta el consumidor final».

Se reconoce que la distribución comercial «ha experimentado un proceso progresivo de expansión y desarrollo» desde los modelos tradicionales a los modos de realización comercial moderna. Quizás en esta evolución, añadido yo, se produce un fenómeno de especialización, en el cual muchos sujetos «han hecho de las labores de intermediación y comercialización de productos y servicios su propio género de comercio o el objeto de su actividad mercantil». Finalmente se añade que «el instrumento jurídico de esa cooperación está constituido por diferentes figuras de contratos...». Todas estas afirmaciones pueden suscribirse plenamente. Pero no así la siguiente: que los contratos suscritos para la comercialización de un producto o un servicio «constituyen el objeto específico del llamado Derecho de la distribución comercial».

Hago un inciso en la línea del razonamiento que vengo siguiendo para manifestar que no estoy de acuerdo con la creación de una nueva categoría o rama de la sistemática del Derecho positivo, una división más añadida a las tradicionales categorías o divisiones con las que a través de la Historia se ha parcelado el Derecho positivo para su estudio científico. Como denominación doctrinal establecida para englobar, de una forma concreta, el estudio de las diversas materias que pueden afectar a la distribución, sería admisible siempre que se nos indicase su relación con el Derecho mercantil y con el resto del ordenamiento jurídico. Sólo se nos dice que «este Derecho especial, que afecta a una gran variedad de sectores de la industria y de los servicios, contiene normas propias de diversas disciplinas jurídicas, tanto públicas como privadas, entre las que destacan las relativas al Derecho privado contractual, el comercio interior y la defensa de la competencia». Pues bien, no sabemos si ese Derecho especial es parte del Derecho mercantil o no, si viene a sustituir a esa rama del Derecho o es compatible con la subsistencia del mismo, si es parte del Derecho privado, o contiene normas no propias de éste y debe situarse como una categoría distinta, ni de Derecho privado, ni de Derecho público.

En mi opinión, lo primero es contestar a la pregunta que se ha formulado: si comercio y distribución son una misma realidad, o si se trata de dos realidades diferentes. Luego, podríamos hablar del conjunto normativo que regula esa realidad.

Ciertamente es posible y correcto describir los diversos contratos o mecanismos mediante los cuales se puede realizar la distribución, como hace la moderna doctrina mercantil [SANTINI, *Ensayo...*]. Tampoco cabe ninguna duda sobre la exactitud de la afirmación que sitúa entre tales contratos a la compraventa.

Pero sería un error de planteamiento, en el que puede incurrirse a mi juicio, si se afirma de modo apriorístico que son dos realidades diferentes, sin más, sin demostrar ni razonar nada al efecto, quizás haciendo referencia a la experiencia supuestamente general sobre la actual estructura de los actos y contratos de la actividad comercial. Así se afirma [URIA-MENÉNDEZ, *Curso...*, p. 89] que «la actividad comercial, que (se dice), se encuentra en el núcleo mismo de la forma-

ción histórica del Derecho mercantil, tiene entre sus principales instrumentos jurídicos a los contratos de compraventa y de distribución que, en esencia, son los que permiten canalizar los bienes producidos por los fabricantes hasta sus destinatarios o compradores».

Estimo que existe aquí una evidente falta de congruencia, porque se pretende diferenciar al contrato de compraventa del llamado contrato de distribución sin explicarnos cuál es la naturaleza de éste, en el caso de que se pudiera admitir su existencia como figura contractual diferente.

A mi parecer no debe considerarse a la distribución como un contrato, sino como un sistema para llevar a cabo la intermediación que se realiza por medio de diferentes contratos, entre ellos el de compraventa. La frase antes entrecomillada no es correcta porque dice: «tiene entre sus principales instrumentos jurídicos a los contratos de compraventa y de distribución». Debería suprimirse el adjetivo *principales*, y decir sólo: «entre sus instrumentos jurídicos... los contratos de compraventa y otros que permiten canalizar los bienes...». Se incluirían en esa expresión todos aquellos que tienen por finalidad la distribución, es decir, los que «permiten canalizar los bienes producidos por los fabricantes hasta sus destinatarios o compradores». Dicho con otras palabras, estimo que la actividad comercial se manifiesta a través de la distribución, y que ésta es considerada como medio de hacer posible, por variados sistemas, la expresada función comercial; entre esos sistemas uno, muy importante por supuesto, pero no único, sería el contrato de compraventa, que puede ser directa de los productores a los consumidores, o a través de los «comerciantes» como intermediarios. Además existen otros sistemas y contratos que tienen idéntica finalidad y que propiamente pueden no ser contratos de compraventa.

Entre las operaciones de «distribución» (en el sentido mencionado de hacer posible la relación entre productores y consumidores) tiene que ser incluida indudablemente la compraventa. Será el instrumento jurídico que se utilice cuando no haya intermediario en la relación directa entre fabricante y consumidor, pero también aparecerá en algunos o en muchos de los casos en que sí exista la intermediación. Es decir, podemos aceptar que en las operaciones de distribución se pueden utilizar una diversidad de contratos como compraventa, comisión, estimatorio, arrendamiento con opción de compra o suministro. Pero siempre habrá al menos un contrato de compraventa. Nuestro Código de Comercio dada su antigüedad no contiene lógicamente este moderno concepto de distribución comercial, pero sí reconoce y regula el contrato de compraventa (en todo caso podría añadirse también la comisión para comprar o vender) como el instrumento jurídico propio para realizar la función comercial: compra para revender, e incluso, si se acepta (como hoy parece que al menos en parte admite la doctrina y será objeto de estudio después) la reventa de lo adquirido con esa intención revendedora.

Los contratos de distribución, dejando aparte al de compraventa, son en sentido estricto contratos mercantiles, en tanto sirven para que se lleve a cabo la

función comercial, tienen como fin que los bienes, productos y servicios pasen del productor hasta el consumidor. No corresponde desarrollar en este lugar ni en este momento un estudio amplio de tales contratos. Sin embargo, creo que estamos en condiciones de afirmar que la función comercial, o sea el comercio, puede ser identificada con la función de distribución.

Lo hasta aquí expresado contesta, al menos parcialmente, la pregunta sobre qué es la distribución. Hablo de respuesta parcial porque se trata de un término al cual puede corresponder algún otro sentido además del anteriormente expresado. No pocas veces se entiende por distribución un conjunto de funciones de reparto o transporte. Enlaza este significado con la importancia que siempre (históricamente y en la actualidad) tiene y ha tenido el transporte para la actividad comercial, de la que se hacen eco los Códigos del siglo XIX. Nos basta ahora con esta simple referencia que creo completa el concepto de distribución.

Hay además otro aspecto del estudio jurídico de la distribución que no se debe silenciar y que responde a los modernos planteamientos del Derecho para intentar solucionar las nuevas situaciones o retos de economías cada vez más desarrolladas, que parecen llevar necesariamente a la mundialización económica. Aparecen entidades o empresarios con una dimensión cada vez mayor, con enorme poderío económico. El imperio de la tecnología genera medios muy eficaces y rápidos de comunicación y de transporte. La información es una necesidad resuelta con instrumentos seguros y casi inmediatos. Nuevas técnicas de penetración en los mercados y todo aquello que distingue la moderna economía de sus formulaciones tradicionales hacen que el Derecho se vea compelido a dar respuesta a nuevas situaciones. Esas nuevas tecnologías, como el comercio electrónico, generan nuevas formas de realizar el comercio, que podríamos calificar como una verdadera revolución comercial. Aquí sólo puedo hacer esta mención o referencia para no desviarme del tema que me ha sido encomendado. No obstante espero que, dentro de esta obra colectiva, no faltará al estudioso un desarrollo suficiente de estos nuevos fenómenos comerciales.

Uno de los posibles peligros que pueden producirse y que las autoridades económicas, nacionales o supranacionales se ven obligadas a atajar, será el de una lucha comercial desleal o injusta. Es decir, se deberán evitar los efectos nocivos que una competencia excesiva o desviada pueda producir en el mercado con daño para los consumidores. Por eso, también el estudio moderno de la *distribución* tendrá una faceta de contacto con la regulación de la competencia.

Así la indicada Exposición de Motivos de la LOCM parece dar a entender que la ley pretende, como finalidad esencial, «el establecimiento de un marco de buenas prácticas comerciales *que* deberá producir un mejor comportamiento de todos los agentes del sector, cuyos efectos redundarán en un mejor funcionamiento de la competencia. Estos efectos se consiguen mediante la creación de un marco legal de mínimos». Incide de nuevo la Ley en la denunciada imprecisión. No se sabe si es o no lo mismo hablar de «marco de buenas prácticas

comerciales» que de «marco legal de mínimos». Pero en ningún lugar se aclara esta cuestión. Lo que al legislador le resulta de interés es pensar que ese «marco» podrá completarse «con los Códigos de conducta que libremente surjan para su autorregulación».

También la Ley, según la repetida Exposición de Motivos, aspira a ser la base para la modernización de las estructuras comerciales españolas, contribuyendo «... sobre todo al mantenimiento de la libre y leal competencia».

Como ha dicho la doctrina «los contratos de distribución pueden presentar en su contenido obligacional cláusulas de exclusividad». Son las llamadas obligaciones de aprovisionamiento exclusivo que intentan «conseguir recompensar e incentivar las inversiones de los productores». El derecho de los productores «puede entrar en colisión con otros intereses dignos de tutela jurídica en el mercado». Por eso el Derecho tendrá que establecer el contenido y los límites de actuación de ese derecho de actuación de los productores. Hay que estudiar los contratos de distribución —y así se hace— teniendo presente el Derecho *anti-trust*. Tampoco en este punto puede extenderse el estudio que hago ahora. Sólo es posible indicar que hoy tenemos que conocer tanto la legislación española como la de la Unión Europea donde quedan definidas las limitaciones que en los sistemas de distribución se establecen y las posibles exenciones a las normas prohibitivas de aquellos comportamientos que producen restricciones de la competencia. Véanse en este sentido, tanto el Reglamento CE 1/2003 del Consejo, como el 139/2004 de la Comisión, referido éste al control comunitario de las operaciones de concentración económica.

En concreto, sobre el tema que se desarrolla, se han dictado por la Unión Europea los Reglamentos 1983/83 y 1984/83 respecto a los contratos de distribución en exclusiva y a los contratos de compra o aprovisionamiento también en exclusiva, la distribución llamada selectiva (a través de revendedores autorizados) y la franquicia. Además se puede añadir el Reglamento 2790/1999 relativo a la exclusión, de determinados acuerdos y prácticas de franquicias, de la prohibición general a las restricciones de la competencia.

C) Regulación administrativa del comercio interior

Una actividad de la importancia social del comercio tiene necesariamente que exigir de los poderes públicos una cierta intervención. Es lógico pensar que esa intervención será más o menos importante según la orientación política e ideológica del régimen que impere en la sociedad. Habrá sistemas liberales o intervencionistas que darán origen a sistemas legislativos distintos, con una menor o mayor incidencia de los poderes públicos en las actividades sociales y económicas. Mas en todos los casos hay que aceptar que las autoridades, que las Administraciones públicas, tienen que ordenar el recto cumplimiento de los fines sociales y económicos que el comercio lleva consigo.

La actividad comercial o mercantil se ha visto, más o menos vigilada desde siempre por el poder público, como actividad social que tiene trascendencia sobre los ciudadanos. No se trata de una novedad reciente. Históricamente, y por motivos muy diversos, los poderes públicos en sus diferentes manifestaciones pretéritas han intervenido, en unas ocasiones promoviendo su desarrollo, en otras sirviéndose de los recursos económicos que genera el auge de las actividades comerciales, y en otras marcando estrechamente las pautas de comportamiento y actuación de los comerciantes. No voy a hacer ningún estudio detallado del pasado histórico, aunque resulta conveniente e ilustrador realizar algunas reflexiones mínimas sobre la actuación de las autoridades administrativas en la vida comercial.

Se puede recordar aquí cómo se produce un especial desarrollo de la actividad mercantil con las Monarquías absolutas, cómo se protege la actuación de los mercaderes dictándose disposiciones que la regulan (las Ordenanzas del comercio) o permitiéndose la creación de asociaciones o instituciones de defensa (Universidades y Consulados). También es bueno recordar su influencia en la vida social y su participación en la creación de la burguesía, o su claro sometimiento al Poder público en los regímenes totalitarios, incluso con decisiones que atacan su subsistencia con las operaciones de nacionalización.

En la España preconstitucional última (me refiero a la época anterior a 1978) existía una rigurosa legislación intervencionista que afectó lógicamente a la actividad comercial, quizás consecuencia de unas circunstancias históricas que nacieron a partir de la guerra civil española. Durante una época intervencionista en la economía es normal que se dicten disposiciones imperativas para regular cualquier sector económico y también en concreto el sector específico del comercio. Un repaso a la legislación dictada en esa época mostraría el alcance de esa política intervencionista. No es posible hacer una detallada enumeración de disposiciones en este orden, porque nos desviaría mucho del tema fundamental de este libro. Basta alguna referencia a temas sobre los que se legislaba en aquella época. Desde la creación de una multitud de Organismos públicos específicamente dedicados a garantizar el adecuado funcionamiento del sistema, a la disciplina del mercado, a la obligatoriedad de acudir a mercados centrales, a la fijación de precios autorizados o de referencia, a la intervención en precios y márgenes comerciales, horarios comerciales, vigilancia sobre pesos y medidas, necesidad de autorización administrativa para apertura de establecimientos comerciales, policía sobre actividades molestas, insalubres o peligrosas, o vigilancia sanitaria. Y posiblemente con ello no se agota la enumeración de materias en las que el intervencionismo se manifestó.

La realidad legislativa vigente en España se ha liberalizado a partir de la Constitución de 1978, conforme al principio constitucional contenido en el art. 38, en el que «se reconoce la libertad de empresa en el marco de la libertad de mercado». En ese mismo sentido se expresa el art. 3.º de la LOCM que dice: «La libertad comercial se ejerce bajo el principio de libertad de empresa y en el marco de la economía de mercado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 38 de la Constitución».

En el art. 5.º, apartado 2 de la misma Ley se añade que «los poderes públicos protegerán la libre iniciativa empresarial para la instalación y acondicionamiento de los establecimientos comerciales en el marco de lo dispuesto en la legislación vigente». Hay libertad, pero no absoluta. Tiene que ser ejercida en el marco de la legislación vigente. Y, claro es, que esa libertad y las condiciones en que pueda ser ejercida la actividad profesional de los comerciantes, dependerá de si la legislación es más abierta o más intervencionista.

Dentro del confuso sistema de reparto de competencias entre el Estado y las diferentes Comunidades autónomas establecido por la Constitución de 1978, en los Estatutos de autonomía correspondientes se les atribuyen posibilidades de actuación en materia de comercio interior, en concreto sobre apertura de grandes superficies o sobre horarios comerciales, y en general sobre muchas otras cuestiones.

Para aumentar, si cabe, la confusión en estos temas se suele considerar la Ley de ordenación del comercio minorista, a que antes me he referido, como un marco legal de la regulación del comercio *interior*. Pero no queda claro si la Ley considera que comercio interior es lo mismo que comercio minorista. El art. 1.º manifiesta que el objeto *principal* de la misma es «establecer el régimen jurídico general del comercio minorista...». Y en el apartado 2 del mismo precepto se dice: «A los efectos de la presente Ley, se entiende por comercio minorista aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento». Evidentemente lo que la Ley está describiendo es la actividad de unos sujetos que realizan una actividad económica en interés de la sociedad, y que, desde hace muchos siglos, llamamos comerciantes.

Pero es que, además, comercio interior se opone en otras ocasiones a comercio exterior. Este fenómeno, sujeto también en muchos sistemas legales a restricciones impuestas por el intervencionismo de las Autoridades o Administraciones públicas, se caracteriza por ser una actividad que se desarrolla de cara a mercados que están fuera de nuestras fronteras nacionales.

El comercio interior, dentro de los territorios de soberanía española, es actividad comercial pero no sólo «al por menor», sino también «al por mayor». El comercio minorista es, por definición, comercio al por menor. No obstante, en la LOCM se hace referencia a los mayoristas en los arts. 22 y 35. Particularmente en este precepto se establecen las condiciones para poder hacer lícitamente ofertas de mercancías al público en concepto de comerciante mayorista: será necesario que «realice sus operaciones de venta fundamentalmente a comerciantes minoristas».

En cualquier caso parece que no pueden considerarse idénticos los conceptos de comercio interior y comercio minorista.

La LOCM aumenta la dificultad de conocimiento de este tema con la separación que realiza respecto de sus propias normas en la Disposición Final Única,

entre las que desarrollan competencias exclusivas que corresponden al Estado por ser atribuciones del mismo (que serían de aplicación directa) y las que se refieren a competencias de las Comunidades autónomas (los preceptos de la Ley no mencionados expresamente en los párrafos anteriores de esa Disposición Final) en cuyo caso tendrán la consideración de normas supletorias, aplicables sólo en los casos en que no existan normas específicas de las citadas Comunidades. Una rápida visión de la citada Disposición Final nos plantea también la duda sobre los criterios que hayan servido para atribuir las materias que se regulan en unos preceptos u otros a la competencia del Estado o de las Comunidades autónomas. En este punto se hace por la doctrina un juicio más severo [BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios...*, En el Prólogo].

En la Exposición de Motivos de la Ley de ordenación del comercio minorista se recoge una referencia a esa confusión cuando se dice que, «como ha puesto de relieve reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en este ámbito material se produce un complejo entrecruzamiento de títulos competenciales, tanto estatales como autonómicos, lo cual conlleva que los diversos aspectos de la regulación propuesta deban tener un grado de aplicación diverso, tal como se especifica en la Disposición Final Única de esta Ley».

Por último, en la expresada Exposición de Motivos se anuncia que algunas de las normas de la ley tendrán carácter imperativo, porque con ellas se pretende corregir abusos que, se dice, pueden producirse en materias entregadas al principio de libertad contractual. Además se completan esas previsiones con la presunta garantía de una eficaz intervención de las Administraciones públicas. Es el carácter que tienen las normas y disposiciones sobre comercio minorista.

Creo suficiente las anteriores reflexiones en este momento porque no corresponde al tema central que tengo que desarrollar (la compraventa) y sólo pretenden un bosquejo de este tema que bien merece un desarrollo más amplio y detallado aunque no sea propio de este lugar.

II. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

A) En la codificación del siglo XIX

El contrato de compraventa es, como sabemos, uno de los tipos contractuales recogidos en las leyes civiles y mercantiles. No creo necesario hacer aquí un estudio histórico de este contrato que se remonte a textos anteriores a la Codificación. Nos moveremos en cuanto a antecedentes sólo a partir de este período legislativo. Por tanto se inicia el estudio del contrato de compraventa desde una reflexión general sobre el tratamiento legislativo del mismo en España desde el siglo XIX hasta la fecha actual.