

TEMA 3. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA MERCANTIL Y OTROS CONTRATOS AFINES

1. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este capítulo –y el siguiente- es la de analizar las instituciones jurídicas que sirven para realizar la distribución de bienes entre fabricantes, intermediarios y consumidores. Es de resaltar que en este capítulo se analiza exclusivamente la distribución de bienes materiales, no de servicios, ya que ésta está sujeta a un régimen totalmente diferente que se estudiará al hablar del mercado de seguros y del mercado de crédito.

Alternativas: la distribución de bienes se puede estructurar de tres formas diferentes:

- a través de sucesivos contratos de compraventa, que conlleva la transmisión de la propiedad de los bienes del fabricante al intermediario y de éste al consumidor. Lo característico de esta vía de distribución es pues que el intermediario hace suyo los bienes que distribuye;
- también es posible la distribución sin transmisión de la propiedad al intermediario; en este supuesto, el intermediario se limita a buscar un comprador final y contrata con él, por cuenta de su principal; la compraventa se realiza pues entre fabricante y comprador final, pero a través del intermediario; es frecuente en estos casos que el intermediario reciba la simple posesión de las mercancías, para entregársela al destinatario final; la institución jurídica que formaliza este sistema de distribución es el contrato de comisión;
- finalmente, también es posible la distribución sin transmisión ni de la propiedad ni de la posesión al intermediario, a través del contrato de corretaje o mediación; en este supuesto el intermediario limita su actividad a poner de acuerdo a dos partes dispuestas a realizar la compraventa, y una vez puestas éstas en contacto, son las partes directamente las que realizan el negocio y transfieren la propiedad y posesión de los bienes de la una a la otra.

Tracto único vs. tracto sucesivo: los contratos de compraventa, comisión y corretaje son contratos de tracto único, que no hacen surgir relaciones estables entre fabricante e intermediario. En el siglo pasado, al dictarse el Código de Comercio, las únicas operaciones habitualmente realizadas eran la de compraventa y la de comisión, y por esta razón son las únicas reguladas en el Código. Desde entonces ha surgido el contrato de corretaje, también de tracto único, y además se han desarrollado nuevos contratos, que basados en la compraventa o en la comisión, establecen una relación continuada, un vínculo estable entre el fabricante y el intermediario.

Los contratos tradicionales de compraventa, comisión y corretaje, se siguen utilizando para productos sin marcas, poco desarrollados técnicamente (materias primas, mercaderías, inmuebles); sin embargo, para productos de marca, de tecnología sofisticada y en los cuales es necesario que el intermediario preste un servicio de postventa al comprador, es imprescindible que se establezcan relaciones contractuales duraderas entre fabricante e intermediario. Por ello, los tradicionales contratos de compraventa y comisión han evolucionado y han dado lugar a dos nuevos contratos:

- de la compraventa ha surgido el contrato de concesión (o distribución), por el que dos comerciantes se comprometen a comprar y vender bienes durante un período de tiempo, asumiendo el comprador intermediario ciertas obligaciones adicionales (como por ejemplo el tener abierto un local comercial, realizar publicidad, usar la marca del vendedor, dar asistencia técnica a los compradores finales, alcanzar determinados mínimos de ventas);
- la comisión y el corretaje, por su lado, han dado lugar al contrato de agencia, por el que el intermediario se compromete de manera continuada y estable a promover la venta de los productos del fabricante; dentro de la agencia cabe distinguir dos variedades: en unos casos el agente se limita a promover, estableciéndose el vínculo contractual directamente entre el fabricante y el usuario final; en otras ocasiones el fabricante autoriza al agente a concluir contratos en su nombre, otorgándole un poder, y en este caso el agente no solamente promueve sino que concluye los contratos por cuenta y en nombre ajenos; en el primer caso estamos más bien ante un contrato de mediación de tracto sucesivo, y en el segundo ante una comisión directa, es decir con representación, duradera.

Regulación legal: la compraventa y la comisión se hallan regulados en el Código Civil y en el Código de Comercio; el corretaje y la concesión carecen de regulación legal y el contrato de agencia se regula por la Ley 12/1992 de 27 de mayo. El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014 dedica un amplio espacio a esta cuestión (artículos 511-1 y ss.), dedicándole en el Libro V, el Capítulo primero del Título I (“De los contratos de intercambio de bienes”), y calificando la compraventa mercantil como “*el contrato, sin duda, más importante, de esta categoría*”.

2. LA COMPRAVENTA MERCANTIL.-

(a) Concepto y mercantilidad

Introducción: la compraventa es el contrato mercantil por excelencia, el más ampliamente regulado, el prototipo de los contratos bilaterales. Su importancia jurídica se incrementa porque sus normas se aplican subsidiariamente a los demás contratos bilaterales, cuando estos carecen de regulación específica.

Como señala el Código Mercantil (párrafo VI-23 de la E.M.), “*El contrato de compraventa es el prototipo de contrato de intercambio de bienes básico con el tráfico mercantil. Su disciplina constituye una referencia fundamental para otros contratos no regulados especialmente, de ahí que se aprecie de una manera particular la obsolescencia de la regulación del derogado Código de Comercio*”.

Regulación: la regulación de la compraventa se encuentra en los artículos 325 y siguientes del Código de Comercio y en los artículos 1445 y siguientes del Código Civil. Adicionalmente, si la compraventa encaja dentro de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, es aplicable esta normativa, que prevalece sobre la de los códigos. Dentro de la normativa de defensa de los consumidores se ha dictado la Ley 26/1991 de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, que pretende defender a los consumidores en los casos de venta por correo o a domicilio.

Concepto: al carecer el C.Com. de un concepto propio es plenamente aplicable el que da el art. 1445 C. c. (verlo), que configura la compraventa como contrato consensual.

Mercantilidad: al existir una regulación civil y otra mercantil de la compraventa, se hace imprescindible que una norma delimite en qué casos es aplicable una regulación u otra. La norma que cumple este objetivo es el art. 325 C.Com. que responde a una postura objetivista: la compraventa es mercantil siempre que reúna los requisitos del art. 325 C.Com., independientemente de que quien la realice sea o no comerciante.

La definición objetiva de la mercantilidad, sin echar mano del concepto de comerciante, fue adoptada por el C.Com. para evitar que el derecho mercantil pudiera ser considerado como un derecho de clase, como una prerrogativa de los comerciantes. Desgraciadamente la solución del legislador ha sido poco afortunada, incrementándose las incertidumbres y dudas por la defectuosísima redacción de los artículos 325 y 326. Todo ello ha llevado a una extensísima polémica sobre cuáles compraventas han de ser consideradas como mercantiles y cuáles como civiles. El tema no es baladí, pues el régimen jurídico mercantil y el civil son radicalmente diferentes (en especial los plazos para reclamar por vicios y los plazos de prescripción son muchísimo más breves en la compraventa mercantil que en la compraventa civil).

Análisis del artículo 325: el art. 325 C.Com. exige un triple requisito para la mercantilidad:

- cosa mueble: aunque el Código literalmente se refiere a cosa mueble realmente se está refiriendo a mercaderías o materias primas, que son los únicos bienes para los cuales la regulación del C.Com. tiene sentido; no parece que la regulación del C.Com. se pueda aplicar ni a buques ni aeroplanos; las ventas de inmuebles son siempre civiles¹;
- la compraventa mercantil debe ser siempre especulativa, es decir, el comprador debe comprar para revender; nótese que según la dicción del C.Com. lo esencial no es que efectivamente se efectúe la reventa sino la intención del comprador al comprar; el C.Com. permite la reventa de lo comprado en la misma forma o tras su transformación; el comprador puede ser por lo tanto o mero o un simple comerciante o un industrial;
- finalmente, el comprador debe estar animado por un ánimo de lucrarse en la reventa: es este un requisito propio de todos los contratos mercantiles, e imprescindible para la calificación como mercantil de la compraventa.

Excepciones: las compraventas que reúnan los requisitos anteriores no son mercantiles si

- se trata de compraventa de las cosechas de los labradores y ganaderos [art. 326.2 C.Com.] o si
- se trata de la compraventa de los productos de los artesanos, siempre que se realicen en sus talleres [art. 326.3 C.Com.].

Se trata de exclusiones tradicionales de carácter tuitivo que hoy carecen de sentido. No deben alcanzar a los agricultores o artesanos que adopten forma de sociedad mercantil.

El problema de la reventa: el art. 325 C.Com. no incluye en el concepto la compraventa mercantil las reventas que haga el comprador de lo comprado mercantilmente (excepto si el

¹ Sin embargo, y como novedad relevante, el Código Mercantil incluye en su regulación la compraventa de inmuebles (arts. 511-24 y ss.), ya que considera la mercantilidad de la compraventa en atención únicamente al carácter subjetivo, y no en función del objeto (artículo 511-1, *Mercantilidad*).

comprador es un intermediario que pretende a su vez revender). Congruentemente con esta no inclusión en el art. 325, el 326.1 C.Com. declara expresamente que no son mercantiles las compras de los efectos destinados al consumo del comprador.

A pesar de esta declaración legal, que parece suficientemente clara, existen discusiones sobre esta materia. La doctrina mercantilista tradicional, encabezada por Garrigues y Uría, han venido manteniendo que en contra de la dicción literal del C.Com. la reventa al consumidor de lo comprado mercantilmente necesariamente es mercantil. La postura tradicional no ha sido aceptada por el Tribunal Supremo que en reiteradas sentencias (que arrancan de una famosa de 27.1.45 y pasan por las de 7.6.69, 14.5.79 y muchas otras) ha entendido que la reventa al consumidor es civil. Hoy esta postura está plenamente consolidada. Únicamente se plantean dos interrogantes:

- en primer lugar se podría argumentar que las compraventas de consumo en un establecimiento abierto al público (por ejemplo, en una tienda), que están regulada expresamente en el art. 87 C.Com. (verlo), por el juego del art. 2 C.Com. (que considera como actos de comercio todos los regulados o mencionados en el Código) es siempre mercantil y se debe regular por los artículos 325 y siguientes C.Com. (esta interpretación es errónea y a las ventas en establecimiento abierto al público se les debe aplicar en primer lugar el art. 87 C.Com. y subsidiariamente la normativa del Código Civil);
- compraventa de consumo empresarial (es decir compra por un empresario de maquinaria y otros bienes duraderos para su empresa): aquí la postura tradicional de la doctrina y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido la de considerar este tipo de operaciones como civiles. Sin embargo, recogiendo una postura doctrinal defendida por Paz-Ares, el Tribunal Supremo en una sentencia de 3.5.85 ha revolucionado el tema al establecer que la compraventa de consumo empresarial es mercantil y no civil, rompiendo así 40 años de jurisprudencia casi constante (la única excepción era una sentencia de 16.6.72 que calificó de mercantil la venta de una pista de “carts”). Queda por ver si en el futuro el Tribunal Supremo va o no a mantener esta nueva línea argumental.

(b) **Obligaciones del vendedor.**

Introducción: consisten en entregar la propiedad de la cosa vendida y sanear² sus vicios.

(i) **Entrega de la propiedad.**

Título y modo: la transmisión de la propiedad exige en nuestro derecho título y modo; siendo título el propio contrato de compraventa y modo la tradición, el acto bilateral que engloba la puesta a disposición del vendedor y la recepción por el comprador.

Una vez entregada la propiedad surge la obligación fundamental del comprador que es la de pagar el precio.

² Sobre todo las obligaciones de saneamiento, tanto por vicios o defectos como por evicción, van a ser sustancialmente modificadas por la propuesta de Código Mercantil (*Vid.*, con carácter general, los párrafos VI-35 y ss. de la E.M.), ya que cuando dicho texto legal entre en vigor, la obligación de entrega será la de entregar el bien “*conforme a las exigencias del contrato*”, así como “*libre de derechos y pretensiones de tercero que no hayan sido previstos en el contrato*”.

Lugar de entrega: la mercancía debe ser entregada en el lugar pactado; a falta de pacto se debe entregar en el lugar donde se encuentre en el momento de la perfección del contrato [art. 1171 C. c.). Por lo tanto es obligación del comprador la de retirar la mercancía del establecimiento, almacén o fábrica donde se halle al formalizarse el contrato. En la práctica es frecuente que vendedor y comprador se hallen en plazas diferentes: en este caso hace falta un transportista que traslade las mercancías de una plaza a otra. La regla general, congruente con el art. 1171 C. c., es que las mercancías se entregan "a portes debidos", lo que implica que los gastos del transporte son por cuenta del comprador, que el vendedor cumple entregando la mercancía la transportista y que la entrega de la mercancía se realiza entre vendedor y transportista, que la recibe por cuenta del comprador. Desde la entrega al transportista el riesgo de la mercancía es del comprador.

Se puede pactar, sin embargo, que la mercancía se entregue "a portes pagados"; de incluirse esta cláusula en el contrato, un uso del comercio interpretativo implica lo siguiente:

- el vendedor no ha cumplido su obligación de entrega hasta que el transportista efectivamente se la entregue al comprador;
- el vendedor carga con los gastos del transporte;
- la mercancía viaja por cuenta y riesgo del vendedor.

Tiempo de entrega de la mercancía: la mercancía debe ser entregada en el plazo que se hubiese convenido [art. 329 C.Com.] y en su defecto en las 24 horas siguientes a la perfección del contrato [art. 337 C. Com.].

En el tráfico mercantil, los plazos de entrega son esenciales y por ello el art. 329 C.Com. tiene un régimen muy estricto para el caso de incumplimiento por el vendedor de su obligación de entregar a tiempo. A falta de entrega en el plazo fijado el comprador puede optar entre

- resolver el contrato, negándose a recibir la mercancía si ésta le es ofrecida en un momento posterior por el vendedor (lo que en el comercio se conoce como el "deje de cuenta" de la mercancía);
- el cumplimiento del contrato, exigiéndole al vendedor que entregue la mercancía aunque sea tardíamente.

En ambos casos el comprador tiene derecho a la indemnización de los daños que se le hayan causado. Cuando la mercancía tiene precio de mercado, el cálculo de estos daños y perjuicios se realiza de forma abstracta: el daño es igual a la diferencia entre el precio pactado y el de mercado en la fecha en que la mercancía debía de haber sido entregada [ex art. 1107 C.c.; ver STS 28.2.78].

Objeto: el vendedor debe entregar la cantidad y la calidad pactada de mercancías.

Si no entrega la íntegra cantidad a la que se ha comprometido, el comprador puede negarse a recibir una parte; pero si acepta la entrega parcial queda consumada la venta en cuanto a los géneros recibidos, pudiendo el comprador pedir por el resto el cumplimiento del contrato o su resolución más los daños y perjuicios correspondientes [art. 330 C.Com.].

Con respecto a la calidad de los géneros vendidos, es de resaltar que el C.Com. presume que el comprador se reserva la facultad de examinar los bienes en el momento de la entrega, con el derecho a resolver libremente el contrato si los géneros no le convinieren, a no ser que los

géneros puedan clasificarse por una calidad determinada y conocida en el comercio [art. 328 C.Com.].

Si el comprador no examina las mercancías al recibirlas y la calidad entregada es diferente de la convenida, nos encontramos ante un incumplimiento del contrato, ante un supuesto de “*aliud pro alio*” de entrega de cosa diferente de la pactada. Este supuesto, sorprendentemente, no está regulado en el C.Com., aplicándose por analogía el art. 1124 Código Civil en virtud del cual el comprador puede o bien rechazar la mercancía, o bien exigir la entrega de la calidad realmente pactada, en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios.

Nótese que si los bienes entregados corresponden a la calidad pactada, pero se hallan en estado defectuoso, no nos encontramos en un supuesto de “*aliud pro alio*”, sino de saneamiento. En la práctica la diferencia entre el vicio de calidad diversa y el vicio de calidad defectuosa es muy difícil sobre todo en el caso de bienes genéricos, siendo incluso la jurisprudencia contradictoria (así la entrega de un vino adulterado impropio para el consumo fue considerado por la STS 30.12.27 como calidad diversa [porque se había comprado vino para consumo] y por la STS 3.2.28, dos meses posterior, como calidad defectuosa [porque se había viciado]).

(ii) Obligación de saneamiento.

Introducción: de acuerdo con el art. 345 C.Com. pesa sobre el vendedor la obligación de saneamiento por evicción y por vicios, es decir responde de la posesión legal y pacífica de la posesión útil de los bienes que ha entregado.

Evicción: la evicción implica que se prive al comprador de la cosa mediante sentencia firme que reconozca un derecho anterior sobre ella [ver art. 1475 C.c.]. Su aplicación en Derecho mercantil es muy rara, pues en los bienes muebles la posesión de buena fe equivale a título [art. 464 C.c.], por lo que sólo cabe privación si el comprador actuó de mala fe; pero en este caso le está vedado reclamar. Además los bienes muebles adquiridos en establecimientos abiertos al público son irreivindicables [art. 85 C.Com.].

Vicios: si la evicción carece de importancia el saneamiento por vicios es por el contrario una cuestión de máximo interés práctico. A pesar de ello la regulación legal es totalmente insuficiente y desfasada. El C.Com. le dedica los artículos 336 y 342 únicamente, que se complementan con los siete artículos del Código Civil, 1484 a 1490 (Código que sin embargo dedica nada menos que nueve artículos a los vicios en las compraventas de animales - arts. 1491 a 1499).

La regulación legal no es imperativa, sino que puede ser modificada, y en la práctica frecuentemente lo es, mediante pactos entre las partes, y en especial mediante la inserción de una cláusula de garantía. En los contratos de consumo rigen las previsiones específicas de la normativa de consumidores y usuarios estudiada en el tema anterior.

(A) Regulación legal de los vicios: la primera característica destacable de la regulación legal es que únicamente considera indemnizables los vicios producidos y existentes antes de la entrega; todos los vicios que se produzcan después de la entrega no están cubiertos por los arts. 336 y 342 C.Com.: la ley no da una garantía de funcionamiento de los bienes entregados.

Para regular los vicios, el C.Com. distingue dos tipos:

- vicios aparentes, que son los externos, apreciables por el comprador, o que debieran ser apreciables si el comprador es un perito que por razón de su profesión debía fácilmente reconocerlos y
- vicios ocultos, aquéllos que existiendo antes de la entrega no son susceptibles de ser apreciados a simple vista por el comprador.

La existencia de un vicio aparente u oculto no es en sí misma causa suficiente para que el comprador tenga derecho a la indemnización, sino que ésta está condicionada a los siguientes requisitos [arts. 336 y 342 C.Com.]:

- Denuncia en tiempo y forma: Los plazos para denunciar el vicio son brevísimos: cuatro días si el vicio es aparente y treinta días si el vicio es oculto, plazos que corren no desde la entrega sino desde la fecha en que el vicio pueda ser reconocido [así STS 31.5.57]. Además y para mayor inri, la denuncia debe realizarse en forma judicial, de acuerdo con el procedimiento de jurisdicción voluntaria que prevé el artículo 2127 LEC. El TS sólo permite que se incumpla este requisito formal cuando el propio vendedor ha reconocido los vicios [así STS 9.11.59]. Esta exigencia formal es muy criticable, pues implica que un comprador que ha recibido bienes viciados tiene que recurrir, en unos plazos de caducidad brevísimos, a la justicia, cuando lo normal es que dentro de estos plazos aún no haya finalizado la reclamación amistosa contra el vendedor.
- Inicio de la acción en tiempo: Una vez denunciado judicialmente el vicio, el comprador tiene que acudir una segunda vez al juez para iniciar la acción contra el vendedor (si éste no acepta voluntariamente la existencia del vicio y sus consecuencias); esta acción debe iniciarse en un plazo de seis meses desde la entrega [art. 943 C.Com. que envía al 1490 C.c.].

Los requisitos son como se ve de tal rigor, que en la práctica hacen imposible la exigencia de indemnización. Por ello se ha creado la corruptela de no encauzar las acciones no a través de la vía de los vicios, sino alegando la existencia de una entrega diferente de la pactada (*aliud pro alio*), que abre la vía del art. 1124 C.c., sin exigencias de forma ni plazos perentorios.

Incomprensiblemente los efectos de los vicios aparentes y los vicios ocultos son diferentes:

- para los vicios aparentes el art. 336 C.Com. permite al comprador la opción entre resolución (devolviendo por lo tanto los bienes al vendedor) o el cumplimiento (es decir, la devolución de los bienes viciados y la entrega de bienes correctos), en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios;
- para los vicios ocultos el art. 342 C.Com. sorprendentemente no prevé nada y en consecuencia debemos acudir al art. 1486 C.c. que prevé una solución muy diferente, al permitir la opción entre resolución o rebaja en el precio (pero no permite la exigencia del cumplimiento). Además según el artículo citado solamente caben daños y perjuicios si el vendedor conocía el vicio (la aplicación analógica del art. 1486 C.c. no está exenta de discusión: a favor de decantan Uría y la STS 20.10.79; contra, sin embargo, Garrigues, que aplica el art. 336 C.Com. para cubrir el vacío del art. 342 C.Com.).

(B) Regulación convencional: dada la insuficiencia de la regulación legal, no es de sorprender que sea frecuente en la práctica que se regule expresamente la responsabilidad por vicios del vendedor mediante un pacto expreso. Este tipo de cláusulas se suelen denominar "cláusulas de garantía" y por regla general su contenido es doble:

- por un lado el vendedor promete mantener el bien en estado perfecto durante un determinado período de tiempo, comprometiéndose a arreglarlo o incluso a sustituirlo para alcanzar esta finalidad;
- pero por otro lado se limita la responsabilidad del vendedor a reparar o sustituir a su costa el bien, pero sin permitir nunca la resolución del contrato o la indemnización de daños y perjuicios que pudiera sufrir el comprador.

(c) **Obligaciones del comprador.**

Consisten en la recepción de la cosa y en el pago del precio.

1) Recepción de la cosa: el vendedor tiene la obligación de poner a disposición del comprador las mercancías, y dado que la entrega es un acto bilateral, el comprador en contrapartida tiene la obligación de recibir el objeto del contrato.

En contra de lo que pasa con la puesta a disposición, en la que la demora equivale a incumplimiento (art. 329 C.Com.), en la recepción la demora únicamente da derecho al vendedor a depositar judicialmente la cosa, con la sola consecuencia que los gastos del depósito son de cuenta del comprador [art. 332.2 C.Com.]. El depósito se rige por el art. 2119 LEC. Diferente es la situación cuando el comprador no sólo se demora en la recepción, sino que la rehúsa, es decir hace una declaración expresa de que no desea las mercancías. En este caso si no hay justa causa para el rehúse, es de aplicación el art. 332 C.Com., que permite al vendedor o bien resolver la compraventa, quedando liberado de su obligación de entrega y pudiendo exigir al comprador los daños y perjuicios correspondientes, o bien exigir al comprador el cumplimiento, para lo cual debe depositar judicialmente las mercancías, lo que le permite reclamar el precio al comprador.

Diferente sin embargo es la solución si el comprador rehúsa la mercancía con justa causa (por ejemplo, porque está viciada, porque es diferente de la pactada o porque ha habido demora en la entrega). En tales casos el rehúse del comprador es simple expresión de que desea resolver la compraventa por el incumplimiento del vendedor.

2) Pagar el precio: sorprende que el Código de Comercio carezca de toda regulación sobre la obligación de pagar el precio (lo que quizá sea síntoma de que la moral de pago de los españoles en el siglo pasado era muy superior a la actual). En ausencia de regulación del C.Com. se aplica la regulación del C.c., y el pago del precio debe realizarse en la divisa pactada y al contado, salvo pacto en contra [cfr. art. 339 C.Com.]; mediante pacto el pago puede ser por adelantado o aplazado (existe una ley especial que regula la venta a plazos de bienes muebles duraderos; Ley 28/1998 de 13 de julio, que se estudiará dentro de la financiación bancaria).

La mora en el pago no da derecho a resolver la compraventa, sino únicamente a exigir los intereses de demora pactados, o en su ausencia el legal del dinero (art. 341 C.Com.). En el caso de incumplimiento de la obligación de pago se debe distinguir:

- si la obligación de pago es al contado el vendedor se puede negar a entregar [*exceptio non adimpleti contractus*; ex art. 335 C.Com.] y posteriormente resolver la compraventa o exigir el cumplimiento (aplicándose el art. 1124 C.c.);
- si la obligación de pago es a plazos y el vendedor ya ha entregado, únicamente puede recurrir a la doble acción que le da el art. 1124 C.c.

(d) Transmisión del riesgo.

Planteamiento³: el problema que se plantea es quién ha de soportar el riesgo de la cosa entre la perfección y la consumación por caso fortuito:

- Riesgo: si lo soporta el comprador significa que paga el precio y no recibe la cosa, mientras que si por el contrario lo soporta el vendedor implica que debe entregar una nueva cosa sin recibir precio adicional alguno.
- Entre la perfección y la consumación: antes de la perfección el riesgo corre siempre de cuenta del vendedor y después de la consumación del comprador.
- Por caso fortuito: si cualquiera de las partes actúa con negligencia, dolo o mora el riesgo es enteramente suyo.

En la compraventa civil, según la interpretación más generalizada, rige el principio romanista según el cual el riesgo pesa sobre el comprador desde el momento de la perfección del contrato. Sin embargo en el Código de Comercio la regla es diferente, ya que el riesgo se transmite una vez puesta a disposición las mercancías en el tiempo y lugar pactado, excepto dolo, negligencia o mora del vendedor (art. 333 C.Com.). Las consecuencias de la pérdida para el vendedor se hallan reguladas en el art. 331, que para este caso permite al comprador resolver el contrato, quedando liberado de la obligación de pagar el precio. El art. 334 C.Com. regula dos excepciones a la regla general, que conllevan que el riesgo se transmita después de la puesta a disposición:

- la primera para las cosas genéricas que hayan de ser especificadas después de la puesta a disposición, supuesto en el cual el riesgo se transmite cuando se especifiquen, (el caso es poquísimo frecuente en la práctica).
- y la otra cuando el comprador se haya reservado el derecho de examinar la mercancía en cuyo caso el riesgo se transfiere cuando se haya realizado el examen (pues en este caso, hasta que no la haya examinado, la compraventa no está consumada y el riesgo debe seguir siendo del vendedor).

³ Esta regulación, como tantas otras, sufre una profunda reforma en la propuesta de Código Mercantil, siendo lo determinante que el vendedor haya realizado todo lo que le incumbe, según la modalidad de entrega prevista en el contrato (art. 511-15).

3. LA PERMUTA

3.1 Introducción

El contrato de permuta es aquel por el que cada contratante (permutante) se obliga a dar una cosa para recibir otra (CC art. 1538). Para la regulación de la permuta de carácter mercantil, el Código de Comercio (Ccom art. 346) establece:

- Una remisión a las normas de la compraventa, que se han de aplicar en la medida que lo permitan las circunstancias y condiciones de los contratos.
- Con carácter supletorio también resultan aplicables las normas sobre la permuta contenidas en el Código Civil (CC art. 1538 a 1540).

El mayor obstáculo que existe para la aplicación de las señaladas normas supletorias estriba en la calificación del contrato de permuta como mercantil. Por analogía con la compraventa, algunos autores vienen entendiendo que será mercantil la permuta que se realice con la intención de vender o permutar de nuevo el bien permutado con ánimo de lucrarse con dicha enajenación.

El contrato de permuta presenta las mismas características que el contrato de compraventa, salvo la existencia de un precio cierto: se trata de un contrato consensual, oneroso, bilateral y traslativo de dominio, aunque no por sí mismo, sino mediante la entrega de los bienes.

3.2 Carácter mercantil (C.Com art. 325)

No indica el Código de Comercio cuándo la permuta tiene carácter mercantil. No obstante, por aplicación de las normas de la compraventa, se puede deducir que, en general, tiene tal carácter cuando se realiza con ánimo de revender los bienes permutados y lucrarse en la reventa.

3.3 Obligaciones de las partes

En la permuta ambos contratantes tienen los mismos derechos y obligaciones, pues la esencia de sus prestaciones es la misma. Así cada uno de los permutantes está obligado a entregar y tiene derecho a recibir las mercancías que se hayan pactado en el contrato.

Se han de aplicar las normas de la compraventa a los derechos y obligaciones de las partes, fundamentalmente en lo que se refiere a la entrega de los bienes, ya que no existe en este caso un precio a pagar.

3.4 Cumplimiento del contrato

El cumplimiento de la permuta sigue, en general, el mismo esquema que el de la compraventa. No obstante, con respecto a este contrato, la permuta puede presentar ciertas peculiaridades, que exponemos en los apartados siguientes.

3.4 Supuestos especiales

Pueden darse dos supuestos especiales, que constituyen, a su vez, dos variedades contractuales de la permuta. Estos son la permuta de bienes de diferente valor y la permuta de solar por inmuebles a construir.

A) Permuta de bienes de diferente valor (CC art. 1446)

Es este un contrato que plantea especiales problemas de diferenciación con la compraventa. En esta modalidad una de las partes se compromete a entregar, además

de determinados bienes, una cantidad de dinero para compensar la diferencia de valor existente entre dichos bienes y los que ha de entregar la otra parte. Para estos supuestos, el CC establece que el contrato se ha de calificar de acuerdo con la intención manifiesta de las partes contratantes; cuando ésta no conste: (i) Como permuta, si el valor de los bienes excede al del dinero o su equivalente; (ii) Como compraventa, en caso contrario.

B) Permuta de solar por inmuebles a construir

Aun cuando la naturaleza de este contrato está lejos de recibir una calificación unánime por parte de la doctrina, suele calificarse como permuta de solar por pisos o por inmuebles a construir aquel contrato por el cual una parte cede un solar de su propiedad para que otra realice en él una construcción y le pague con una participación en la edificación resultante o con el precio obtenido de la venta de esta.

3.5 Aplicación en el comercio internacional

El contrato de permuta está experimentando cierto auge en el contexto de las relaciones comerciales internacionales.

La posibilidad de prescindir del factor dinerario en una operación de intercambio de mercancías ofrece múltiples ventajas a los contratantes: disminución de riesgos derivados de la transacción monetaria (cambio del valor de las divisas, problemas de falta de pago, problemas de tramitación bancaria...), posibilidad de comerciar con países carentes de divisas, superación de situaciones de falta de crédito, apertura de nuevos mercados en el exterior.

En su forma más sencilla, la operación consiste en una exportación de ciertos bienes que se corresponde con una importación de otros, por el mismo valor, que suministra el adquirente de los primeros. No obstante, es común que la operación se estructure en dos contratos paralelos, con cláusulas de pago diferentes para cada transacción.

Un desarrollo más elaborado de este fenómeno da lugar a operaciones de compensación tanto entre particulares, como entre estos e instituciones gubernamentales.

4. SUMINISTRO

4.1 Introducción

El contrato de suministro es un contrato atípico mediante el cual una persona (suministrador o proveedor) se obliga, a cambio de un precio, a realizar a favor de otra (suministrado), prestaciones periódicas y continuas (TS 30-11-84, RJ 5695). Es característica de esta operación la existencia de un solo contrato cuyo objeto lo constituye un conjunto de mercancías o géneros que deben ser entregados en períodos de tiempo determinados o a determinar (TS 8-7-88, RJ 5589). El suministro se diferencia de la compraventa en el hecho de que aquel se compone necesariamente de diversas entregas, a las que el suministrador resulta obligado en virtud de un solo contrato. Es posible una venta en la que la entrega se fraccione en varias operaciones, supuesto que fácilmente podría confundirse con el de suministro, en la compraventa la prestación es única, mientras

que en el suministro no hay prestación única, sino varias prestaciones ligadas entre sí (Garrigues).

Este contrato tiene la ventaja para el suministrado de asegurarse el abastecimiento de ciertos bienes sin tener que contratar por separado cada una de las compras y evitando el riesgo de no conseguir la mercancía en situaciones de mucha demanda o de escasez. Para el suministrador tiene la ventaja principal de asegurar las ventas en momentos futuros, permitiéndole además planificar a más largo plazo su actividad.

Al carecer de una específica normativa legal, el contrato de suministro se rige fundamentalmente por lo estipulado entre las partes en el contrato, en lo no previsto, por las normas reguladoras de la compraventa mercantil, contrato al que resulta afín (como ha reconocido la jurisprudencia: TS 8-7-88, RJ 5589; 2-12-1996, RJ 9042).

4.2 Objeto del contrato

Bienes genéricos: A diferencia de la compraventa, el contrato de suministro puede tener por objeto únicamente bienes genéricos. Quedan, por tanto excluidos aquellos bienes con una acentuada individualidad. Por otro lado, también pueden ser objeto del contrato bienes contratados en base a una muestra, en cuyo caso resulta de aplicación lo expuesto sobre la compraventa sobre muestras.

Calidad: Teniendo en cuenta el carácter genérico de las mercancías a entregar, ha de tenerse en cuenta lo que, para dichos bienes se establece con respecto a la compraventa. Así, los contratantes no han estipulado una calidad determinada, el suministrado no puede exigir bienes de la calidad superior, ni el suministrador puede entregarlos de la inferior (CC art. 1167).

Cantidad: En cuanto a su cuantía, lo deseable es que se determine en el contrato. No obstante, en muchos casos no es posible la determinación exacta, puede que el suministrado no sepa de antemano cuáles van a ser sus necesidades. En esos casos sería conveniente fijar, al menos, unos límites, mínimo y máximo, dentro de los cuales, pueda el suministrador fijar una cantidad concreta antes de recibir la entrega.

4.3 Precio

El precio del contrato puede establecerse con respecto a cada unidad del producto a suministrar, o bien a tanto alzado por cada prestación o por el conjunto de las prestaciones a realizar. Cuando el contrato de suministro es de larga duración, es frecuente incluir en el contrato cláusulas de estabilización o revisión de precios. Aun cuando las partes no hayan previsto dichas cláusulas, la revisión del precio parece posible en estos contratos (TS 28-1-70, RJ 503).

4.4 Obligaciones del suministrador

Como el vendedor, en el contrato de compraventa, el suministrador está obligado a entregar las mercancías en las fechas estipuladas y al saneamiento por la evicción y los vicios de las mercaderías.

La principal especialidad con respecto a la compraventa estriba en que el momento inicial del cómputo de los plazos de reclamación por defectos ocultos (30 días – mercantil (artículo 342 Ccom)- y 6 meses –civil (artículo 1490 Cc)-), es la fecha del último suministro (TS 10-3-94, RJ 1734).

4.5 Obligaciones del suministrado

Las obligaciones del suministrado son el pago del precio y la recepción de las mercancías. El pago puede realizarse, según se haya pactado, en diversos momentos:

- Después de cada suministro;
- En una fecha determinada, anterior o posterior a la última entrega;
- En diversas fechas, no necesariamente coincidentes con los suministros, del tal forma que se vayan realizando pagos a cuenta, sin perjuicio de que al final se realice balance de lo pagado, determinando lo que falta por pagar.

La reclamación del pago puede realizarse una vez transcurrida la fecha marcada para realizarlo. En el caso de que se realicen pagos a cuenta sin regularizar hasta el final, el plazo para efectuar la reclamación no comienza a correr hasta que no se efectúe la determinación del saldo.

4.6 Incumplimiento

Suministrador: El incumplimiento por el suministrador de su obligación de entrega puede darse con respecto a una de las prestaciones o suministros, o con respecto a todas ellas. El incumplimiento por el suministrador de alguna de las prestaciones no supone un incumplimiento que permita al suministrador pedir la resolución del contrato. Ésta sólo puede exigirse cuando el incumplimiento sea de tal entidad que cree en el suministrado un sentimiento de inseguridad o falta de confianza sobre el cumplimiento de las restantes prestaciones. La resolución del contrato en este caso afecta a la prestación que se considera incumplida y a las posteriores, pero no a las anteriores cumplidas correctamente (ver C.Com art. 330).

Suministrado: La falta de pago de alguna de las prestaciones por parte del suministrado permite al suministrador suspender las sucesivas entregas, salvo en el caso de que el suministrador acredite que se trata de una situación transitoria y garantice la prestación debida y las posteriores.

Si el incumplimiento deriva de la falta de recepción de la mercancía, el suministrador puede también suspender las entregas sucesivas y exigir el cumplimiento o la resolución del contrato con respecto a la prestación rehusada.

5. El contrato estimatorio

5.1 Concepto y normativa aplicable

Es un contrato por el que una de las partes (*tradens*) entrega a la otra (*accipiens*) determinadas cosas muebles, cuyo valor se estima en una cantidad cierta, obligándose ésta a procurar su venta dentro de un plazo, y a devolver el valor estimado de las cosas que venda y el resto de las no vendidas.

Históricamente el contrato estimatorio nace en el tráfico mercantil romano y tuvo gran difusión entre comerciantes al por mayor o por menor y en operaciones de corretaje. Así refiere que de las fuentes romanas sobre el *aestimatum*, se pueden extraer sus elementos

esenciales, que son, primero la entrega de una cosa con estimación de su valor para que sea vendida; segundo, la obligación de quien la vende de devolver la cosa misma o su aestimatio, y tercero el correlativo derecho de quien la ha vendido a obtener del precio real de venta el exceso sobre la acordada estimación. Por tanto en derecho romano el aestimatum o datio in aestimatum, es aquel acuerdo en virtud del cual el tradens entrega al accipiens mercancías o cualquier otra cosa, previa tasación de su valor, res aestimata, para que la venda, traditio rei ad vendendam, con el derecho de obtener para sí el sobreprecio obtenido con dicha venta, ut quo pluris vendidisses, y con la obligación de pagar la estimación si consigue venderla, o en su defecto, devolver las mercancías no vendidas, rem incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit.

Por tanto el fabricante o proveedor, entrega al comerciante, una cosa de precio estimado, es decir prefijado, con el encargo de venderla, contrayendo la obligación de pagar al tradens el precio en el momento convenido o de restituírle la mercancía que no haya vendido. Se trata de un contrato atípico, que sin embargo sí está recogido en otros Códigos europeos, como el Código Civil italiano, que en su artículo 1556 dice que es el contrato por el que una de las partes entrega una o más cosas muebles a la otra, y ésta se obliga a pagar el precio, salvo que restituya las cosas en el plazo establecido. El detallista no recibe la propiedad, pero tiene su disponibilidad, lo que le permite revenderlas, con la ventaja de no tener que desembolsar su importe como impondría una venta en firme. El beneficio de éste por lo tanto reside en la diferencia entre el precio de venta y el estimado.

Según Uría, es un contrato atípico⁴ mixto, que presenta notas de identidad con el depósito, la comisión y con la venta bajo condición suspensiva, aunque goza de naturaleza autónoma, y a diferencia de la compraventa, la entrega de la cosa no transmite el dominio, tan sólo atribuye al accipiens un derecho exclusivo de disposición y una obligación de custodia que le hace correr con los riesgos de pérdida o deterioro de la cosa.

Por tanto, se trata de un contrato mercantil, consensual, bilateral, oneroso y englobado en los denominado de “colaboración empresarial”, con elementos de la comisión mercantil, del depósito, y de la compraventa, aunque a diferencia de esta última entendida con carácter general, la entrega de la cosa no genera la "*traditio dominio*", sino la atribución de un poder de disposición sobre la misma, a veces con la obligación de pagar un tanto de interés por el tiempo que transcurra, como en determinadas concesiones de venta de automóviles, aunque lo más frecuente es que si no se realiza en el tiempo prefijado, se debe devolver lo que se ha recibido.

El contrato estimatorio se rige en primer lugar por lo estipulado por las partes, en base al principio de la autonomía de la voluntad, y es que nos hallamos ante un contrato de naturaleza atípica, admisible en base al principio de libertad contractual recogido en el artículo 1255 del Código Civil, que inspira nuestro Ordenamiento Jurídico. También se aplicarán las normas generales de los contratos mercantiles y las civiles, por remisión del artículo 50 del Código de Comercio, así como las propias de los contratos de compraventa, comisión o depósito, siempre que resulten adecuadas al caso concreto. También deberán tenerse en cuenta los usos mercantiles.

⁴ Aunque, como se ha dicho, en la actualidad es un contrato atípico, está prevista su regulación en el Proyecto de Código Mercantil, en su artículo 544-1, que recoge el concepto que comúnmente ha manejado la doctrina.

Según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 13 de diciembre de 2005 “el contrato estimatorio es una relación negocial de naturaleza mercantil, encuadrable entre los de colaboración empresarial, por el que una parte entrega a la otra determinados bienes muebles con un valor cierto, en tanto que el receptor se obliga a procurar venderlos liquidando después cuentas con el transmitente y a devolverlos a éste si no lograra su venta. Es por tanto un contrato atípico admisible conforme a la libertad de pacto derivada del artículo 1255 del Código Civil, consensual, bilateral y oneroso, carente de preciso formalismo y susceptible desde luego de ser perfeccionado de modo verbal, si bien también es normal y hasta deseable que se documente siquiera sea la base más elemental del contrato como es la identificación de los objetos, su precio o valor e incluso el tiempo razonable que se fija para que el receptor pueda tratar de obtener su venta a terceros”. Y es que efectivamente el plazo para la posible devolución de los objetos no vendidos, resulta un requisito cuanto menos evidente en este tipo de contratos, y así lo afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 31 de Marzo de 1997, que dice “uno de los requisitos evidentes de este tipo de contrato es el del plazo, el del término en el que la venta ha de realizarse y el dinero y los objetos no vendidos restituirse, indispensable en un negocio en el que no se produce la transmisión de la propiedad al que recibe los bienes muebles, como en el contrato de depósito, en que deberá devolverse lo entregado cuando lo reclame el depositante (artículo 1766 del Código Civil). En esta línea insiste tanto el concepto doctrinal como el artículo 1556 del Código Civil italiano...”.

Históricamente ya hemos dicho como el contrato estimatorio nació en el tráfico mercantil romano y tuvo gran difusión entre comerciantes al por mayor o al por menor; en la actualidad cumple una finalidad económica de promoción de ventas, a través de los detallistas que carecen de la capacidad financiera para asumir la compra en firme cuando se trata de productos de elevado coste por ejemplo joyas, obras de arte o antigüedades, o de fácil pérdida del valor de cambio, por ejemplo productos de moda, ropa de temporada o libros, sector en el que el contrato se encuentra especialmente extendido.

El mayorista logra el acercamiento del producto al consumidor, con una mayor difusión de sus mercancías, ya que utiliza para ello la colaboración de comerciantes introducidos en el mercado, en último término se aprovecha de su estructura y de su profesionalidad; y el minorista obtiene un beneficio económico con menor riesgo y desembolso, disminuyendo la necesidad de invertir para funcionar, con la posibilidad de devolver la mercancía no vendida, lo que supone en último término obtener financiación a favor del referido comerciante que intenta vender los bienes muebles entregados, y es que a los pequeños o medianos comerciantes, puede no serles conveniente adquirir en firme objetos cuya reventa es insegura.

5.2. Diferencias con la compraventa mercantil.

La gran semejanza de este contrato con el de compraventa mercantil, que hemos visto al principio de este tema, unido al hecho ya citado de la ausencia de su regulación normativa, hace que muchas veces se confunda con el primero. Así, según el artículo 325 del Código de Comercio, 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. De esta forma, cuando no se añada por los contratantes ninguna circunstancia más a esta definición, la compraventa será mercantil, pero si se añade la obligación del

receptor de las mercancías de procurar su venta en un plazo determinado y devolver el valor estimado de las cosas vendidas así como el resto de las no vendidas, estaremos ante un contrato estimatorio.

Las consecuencias prácticas de que se aprecie la existencia de uno u otro contrato son evidentes, pues en la compraventa mercantil el receptor de las mercaderías debe pagar su precio al vendedor, mientras que en el contrato estimatorio el receptor recibe los géneros suministrados únicamente para que proceda a la venta de los que pueda, dentro de un plazo determinado, pasado el cual su obligación será únicamente, previa rendición de cuentas, devolver lo vendido y abonar lo enajenado.

5.3. Estructura del contrato

A) Elementos personales

Son el tradens, es decir el fabricante o proveedor, y el accipiens, también conocido como consignatario, es decir el comerciante o minorista. Sin que se requiera especiales características en cuanto a consentimiento y capacidad.

B) Elementos reales

El objeto: Está constituido por bienes muebles, ya que tiene como fin la negociación de mercancías, siendo unánime la doctrina de excluir los bienes inmuebles.

El término constituye un elemento funcional del contrato, pues la actividad del minorista para colocar las mercancías entre su clientela, requiere el transcurso de un determinado periodo de tiempo, término por otro lado que también interesa al tradens para que, a su vencimiento, se proceda a liquidar las cuentas de las operaciones realizadas. El plazo se fija expresamente en el contrato o con referencia a los usos mercantiles del ramo, pero el hecho de que no exista plazo previsto ni usos, no impide que el contrato sea eficaz, pues puede el tradens pedir la liquidación de cuentas, pasado un cierto tiempo, sin que el consignatario pueda oponerse a ello, y exigir la fijación judicial del plazo, en base al artículo 1128 del Código Civil, pues precisamente la falta de previsión del vencimiento del contrato implica que el tradens es libre de revocar el encargo conferido.

C) Elementos formales

En base al principio de libertad de forma, puede el mismo concertarse de forma verbal o escrita, con documento público o privado, aunque lo recomendable es que se realice por escrito, donde la identificación del objeto, su estimación y el plazo queden reflejados.

5.4. Contenido del contrato

A) Obligaciones del *tradens*

Con carácter general debe en primer lugar entregar las mercaderías a las que se obligó por el contrato, y en segundo lugar y al vencimiento del término convenido, debe recibir el precio estimado o, en su defecto, las cosas que se le restituyen.

Debe por lo tanto entregar las cosas objeto del contrato, en la calidad, cantidad y tiempo fijados, debiendo respetar si es que existe, el pacto de exclusiva.

En el contrato estimatorio conserva el tradens la propiedad de las cosas mientras no sean enajenadas o apropiadas por el accipiens y atribuye, simultáneamente, al accipiens, la autorización para disponer de esas cosas. Por lo general la entrega de los bienes supone la adquisición material de la posesión, aunque en ocasiones no se transmite más que una posesión mediata, cuando se encomienda la venta de mercancías en tránsito o depositadas en almacén, en cuyo caso la entrega real se sustituye por la de sus títulos representativos (conocimiento de embarque, carta de porte o resguardo de depósito).

Salvo pacto en contrario debe satisfacer los gastos de entrega y está obligado al saneamiento de las mercancías objeto del contrato, directamente frente a los compradores o indemnizando al consignatario de los perjuicios que se hayan derivado de la obligación de saneamiento frente a los compradores.

B) Obligaciones del *accipiens*

Tiene a su cargo dos obligaciones alternativas: el pago del precio, o la restitución de las cosas en el término convenido. Pero previa a la misma está obligado a recibir la mercancía.

Según el artículo 266 del Código de Comercio, el comisionista que tuviere en su poder mercaderías o efectos por cuenta ajena, responderá de su conservación en el estado que los recibió. Así, según Vicent Chuliá, el contrato estimatorio o depósito en comisión de venta, el fabricante o mayorista deposita en el establecimiento del detallista mercancías, que éste recibe en comisión de venta, ahora bien, los riesgos de las cosas los soporta el detallista y en caso de perderse, aún sin ninguna culpa, restituirá su valor, transcurrido el plazo pactado.

5.5. Extinción del contrato

Se produce por la expiración del término, resolución del contrato por incumplimiento y extinción por pérdida fortuita o culposa de las mercancías. Cabe la rescisión unilateral por una de las partes, salvo pacto en contrario, y siempre con una declaración de voluntad recepticia, así a la denuncia por parte del tradens, el accipiens debe rendir cuentas (artículo 278 del Código de Comercio), pero también éste podrá desistir del encargo de venta (artículo 1732.2 del Código Civil).