

mb
X-54-118638-7

- 5 -
7D
205

**FALTA DE CONFORMIDAD DEL OBJETO,
MODELO DE COMPRAVENTA Y SISTEMA DE ACCIONES.
EVOLUCION DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.**

**TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR
NIEVES FENOY PICON**

**BAJO LA DIRECCION DEL
PROF. DR. D. ANTONIO MANUEL MORALES MORENO**

R.O. 80.743



**UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MADRID.
FACULTAD DE DERECHO.**

NOVIEMBRE 1993.

TOMO II



CAPITULO III

EL SISTEMA DEL CODIGO DE COMERCIO:

LA COMPRAVENTA MERCANTIL.

1. La regulación del contrato de compraventa en el Código de comercio de 1829 y en el vigente: juicio crítico.

[154].- Es de sobra conocido cómo una serie de problemas, entre los que destaca la denominada cuestión foral (supresión o mantenimiento de los derechos forales) (⁶⁹⁸), provocaron un retraso en el proceso de codificación del Derecho común y justifican que el Código civil español sólo pueda ser promulgado en el úl-

698) Sobre el proceso de codificación civil español y la incidencia de la conocida cuestión del respeto a los derechos forales véase: F. DE CASTRO, "Derecho civil de España I", pp. 185-233, especialmente las pp. 192-195.

Si bien no niega que la oposición foralista al Código civil es un argumento que puede explicar el retraso de este último, MALUQUER DE MOTES considera que la influencia de dicho hecho debe matizarse ["La codificación civil en España. (Síntesis de un proceso)", RDP, (1981), pp. 1083-1101].

En su opinión, la causa por la que la codificación civil española se hizo tardíamente "radica en la inoportunidad del propio proceso (la cursiva es del autor), por cuanto éste no debía iniciarse hasta no haber alcanzado y consolidado los principios sobre los que se apoya la Revolución liberal, a saber: el derecho de propiedad y las libertades fundamentales de la persona (...). Una vez consolidadas dichas adquisiciones, habría llegado el momento de impulsar el proceso de la codificación. Sólo entonces cabe atribuir la plena responsabilidad de los avances y retrocesos a los obstáculos creados por el problema del derecho foral, y aun no tanto por razón de este mismo como por la propia forma con que aquélla se pretendía realizar" (op. cit., p. 1085).

Un poco más abajo y en esta misma línea afirma el presente autor que "hasta no hallarse consolidado el nuevo sistema político no se produce la auténtica codificación. De este modo, sólo desde la Restauración del Alfonso XII, cuya estabilización situaríamos hacia los años 1875-1880, puede hablarse con propiedad de verdadera codificación. El auténtico proceso de codificación sólo abarca un período de diez años, mínimo si se compara con el anterior, de carácter preparatorio, de ochenta. Es aquí donde puede localizarse con seguridad un retraso, debido a la presión u oposición de las denominadas regiones forales, y no tanto por las circunstancias de la codificación en sí misma como por la desviación anterior se pretendía realizar, especialmente por querer atribuir una mayor preponderancia a la denominada legislación de Castilla" [op. cit., p. 1086; véanse también las pp. 1098-1101. Este autor vuelve sobre este tema en "El Código civil o la codificación del Derecho castellano", en "Centenario CC-II", pp. 1205-1229].

timo tercio del siglo XIX; esto es, en 1889. Frente a esta situación, de tardía codificación civil, la materia mercantil es codificada ya dentro del primer tercio de ese siglo; nuestro primer Código de comercio, obra del jurista Sainz de Andino, es del año 1829 (699). Por tanto, a diferencia de otros ordenamientos --como el francés (700)-- uno de los rasgos que carac-

699) Recordemos muy brevemente su tramitación. Fue Sainz de Andino, quien el 29 de noviembre de 1827 elevó al Rey Fernando VII la propuesta de encargarse de elaborar un Código de comercio. La Real Orden de 11 de enero de 1828 nombró una comisión real para su elaboración, la cual fue constituida el 25 de enero de 1828 y cuyo Secretario fue Sainz de Andino. Tanto esta comisión real como el propio Sainz de Andino presentaron cada uno un proyecto de Código de comercio. Mediante la Real Orden de 30 de mayo de 1829, Fernando VII aprobó como Código de comercio el proyecto personal que le presentó Sainz de Andino, el cual entró en vigor el 1 de enero de 1830 [sobre el proceso de gestación del CCO de 1829 el ya clásico trabajo de J. RUBIO "Sainz de Andino y la codificación mercantil", (1950), pp. 46-48 y 109-118; también E. LANGLE Y RUBIO "Manual de derecho mercantil español", tomo I, (1950), pp. 201-204].

Replanteando la afirmación de que el CCO de 1829 careció de oposición foral, en concreto en lo que respecta a las Provincias Vascongadas: C. PETIT "Oposición foral al código de comercio (1829)" en AHDE, (1989), pp. 699-705. Del mismo autor, sobre la jurisdicción atribuida a los Consulados de comercio en el período inmediatamente anterior al CCO de 1829: "'Arreglo de consulados' y revolución burguesa: en los orígenes del moderno derecho mercantil español" en "Historia. Instituciones. Documentos", (1984), pp. 255-312; también, "Amos, sirvientes y comerciantes. Algo más sobre el primer modelo constitucional", en "Derecho privado y revolución burguesa. II. Seminario de historia del Derecho privado, Gerona, 25-27 de mayo, 1988", (1990), pp. 87-122, en donde desarrolla diversos aspectos relacionados con el comercio --entre otros, éste de los consulados-- a propósito de la Constitución española de 1812 y del trienio liberal.

700) Mientras el Código civil francés fue aprobado el 21 de marzo de 1804, el Código de comercio francés lo fue el 15 de septiembre de 1807 [sobre el proceso de formación del C. c. francés, así como sobre las posteriores reformas que el mismo ha sufrido: J.L. AUBERT "Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil", 3.ª ed., (1988), pp. 224-232; y sobre el CCO francés: G. RIPERT/R. ROBLOT "Traité de droit commercial", tome I, 13.ª ed., (1989), pp. 15-16].

teriza la codificación española es que la codificación mercantil precediera a la civil.

Si se tiene presente que el Derecho mercantil se concibe como un derecho especial frente al civil, dicho carácter sólo cobra sentido de forma más clara, cuando se han determinado con certeza las normas civiles, y es esa determinación la que nos permite delimitar rigurosamente el ámbito de la especialidad. Ahora bien, por lo que acabamos de exponer, en nuestro ordenamiento la codificación mercantil no dispuso de esa delimitación previa que un Código civil puede ofrecer.

La anterior realidad quizás pudo "obligar" al legislador de 1829 a que el nuevo Código de comercio disciplinara en el contrato de compraventa, junto a las específicas especialidades mercantiles, una regulación más amplia. Nuestro primer código mercantil reguló aspectos jurídicos, cuyo encaje sistemático parece más propio de un Código civil.

De esta opinión es, por ejemplo, J. Rubio en su conocido trabajo sobre el CCO de 1829 y su proceso de gestación: "Sobre Sainz de Andino, --dice este autor--, debió de influir aquí también no poco la falta de un previo Código civil (...), la tentación de articular una disciplina de la compraventa mercantil, que en realidad lo era de la compraventa general, venció al ejemplo francés, e incluso a la tradición patria (...). La doctrina de los arts. 363 y siguientes del Código de 1829 (701) procede de idénticas fuentes a las de nuestro Código civil, y no hay ninguna razón por la que no pudiera estar incluida en

701) Los arts. 359 a 381 CCO 1829 equivalen a los actuales arts. 325 a 345 CCO.

él" (702).

Y González Huebra, cuya opinión tal vez pudiera tener mayor peso en esta valoración sobre el CCO de 1829, por tratarse de un relevante mercantilista del XIX y estar cronológicamente más próximo (1867), es igualmente consciente de esta característica que la normativa del CCO de 1829 posee en cuanto al contrato de compraventa (703).

[155].- Frente a las anteriores valoraciones sobre el CCO de 1829, a propósito de la regulación de la compraventa del CCO de 1885 (704) no hemos encontrado afirmación alguna que poseyera similar tenor. De esto podríamos deducir que el CCO de 1885 cumple, al menos en lo que respecta a la compraventa, la pretensión de que un Código de comercio se limite a las estrictas especialidades mercantiles. En este sentido parece orientarse la opinión de Garrigues (705). Ahora bien, esta conclusión no

702) J. RUBIO "Sainz de Andino y la codificación mercantil", (1950), p. 152.

703) Señala GONZALEZ HUEBRA: "En realidad no hay tampoco gran diferencia entre ésta [sus observaciones se refieren a la compraventa mercantil] y el derecho civil, porque muchas de las decisiones del Código de comercio, más bien son aclaraciones del derecho común, que reglas especiales nuevamente establecidas" ["Curso de Derecho mercantil", tomo I, 3.ª ed., (1867), p. 240].

704) Sobre su formación: MOTOS GUIRAU/BLANCO CAMPAÑA "Proceso histórico de formación del código de comercio", en "Centenario del Código de comercio", vol. II, (1991), pp. 11-103. Sobre su significado dentro de la codificación mercantil europea: DUQUE DOMINGUEZ "El código de comercio de 1885 en el marco de la codificación mercantil de su época", en "Centenario del código de comercio", vol. I, (1986), pp. 85-166.

705) Dice este autor: "La misión del Código de comercio es más modesta: se limita a puntualizar los datos precisos para cualificar un contrato como contrato de venta mercantil (art. 325) y a reglamentar con normas especiales algunos puntos de la dogmática de la compraventa, para adaptar el ordenamiento de la ven-

resulta exacta si se tienen presente dos datos. Primero, comparando los arts. 359 a 381 CCO 1829, con los arts. 325 a 345 CCO 1885, se observa que, si bien hay cambios en el orden seguido en uno y otro código (706) y que algún artículo desaparece (707), o se suprime parte de él (708), o incluso se desdobra en

ta civil a las exigencias del tráfico mercantil. He aquí en concreto esos extremos especial y diversamente tratados en el Código de comercio frente al Código civil: 1. Doctrina sobre caducidad de la acción de repetición del comprador contra el vendedor (obligación de denunciar los defectos de la cosa vendida): artículos 336 y 342. 2. Doctrina sobre el riesgo: artículos 331, 333, 334, 337, 338 y 339. 3. Doctrina sobre la tradición de la cosa vendida y paso de la propiedad al comprador: artículos 333 y 339. 4. Doctrina sobre la mora del comprador: artículo 332.

A más de estos puntos de desviación de la doctrina civilista, el Código de comercio regula muchos supuestos especiales de compraventa, la venta sobre muestras y la venta a ensayo: artículos 327 y 328" [J. GARRIGUES "Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil" en RDM, n.º 78, (1960), p. 272; véase también la p. 271].

706) Por ejemplo los arts. 361 (compra de géneros que no se tienen a la vista, ni pueden clasificarse por una calidad conocida y determinada en el comercio) y 362 (compra sobre muestras o de calidad conocida en comercio) CCO 1829, son respectivamente los arts. 328 y 327 CCO 1885; los arts. 370 (vicios aparentes) y 371 (vicios ocultos) CCO 1829 se corresponden con los arts. 336 y 342 CCO 1885; los arts. 375 (mora del comprador) y 376 (privilegio del vendedor sobre otros acreedores del comprador) equivalen a los arts. 341 y 340 CCO 1885; el art. 378 (no rescisión por lesión) y 379 (arras) CCO 1829 corresponden a los arts. 344 y 343 CCO 1885.

Ya dentro de un mismo artículo, los mismos casos de asunción de riesgo por el vendedor que el art. 367 CCO 1829 enumera en cuatro apartados, aparecen en tres apartados en el art. 334 CCO 1885.

707) Son los casos de los arts. 369 (alteración de la cosa por el vendedor tras su venta, o su enajenación y entrega a otro comprador); 377 (derecho del comprador a factura); y 381 (citación al vendedor por evicción) CCO 1829.

708) Entre otros ejemplos, el art. 325 CCO 1885 suprime las "reventas" dentro del concepto de compraventa mercantil que incluía el art. 359 CCO 1829; el art. 326 CCO 1885 ya no califica de civiles las compraventas de bienes inmuebles, ni presume que si la reventa de "acopios" es mayor que aquéllos que se consumieron hay ánimo de revender, como hacía el art. 360 CCO 1829; en el art. 329 CCO 1885, que regula las consecuencias por el

otros dos (709), y hasta hay cambios en la regulación (710), en lo fundamental (en cuanto a la delimitación del contenido), aquellos aspectos que el CCO de 1829 regulaba continúan en el CCO de 1885 (711). Téngase presente que este último se concibió como simple reforma del anterior, del de 1829 (712).

retraso en la entrega, ya no aparece la expresión "aun cuando ésta proceda de accidentes imprevistos", del art. 363 CCO 1829; el art. 337 CCO 1885 suprime la regla de que el comprador dispone de un plazo de diez días para pagar el precio, que contenía el art. 372 CCO 1829; el art. 345 CCO 1885 ya no señala las consecuencias derivadas de la evicción de la mercancía, como sí hacía el art. 380 CCO 1829.

709) Por ejemplo, los arts. 331 (pérdida o deterioro de la mercancía "por accidente imprevisto o sin culpa del vendedor") y 332 (rehusa de la mercancía sin justa causa por el comprador, facultad de depósito del vendedor y gastos) CCO 1885 se corresponden con el art. 365 CCO 1829.

710) Sin ser exhaustivos, por ejemplo, se aclara cuáles son las acciones de que dispone el comprador en una serie de supuestos: cfr. arts. 329, 330, 336 CCO 1885 con los arts. 363, 364, 370 CCO 1829. Hay también cambios en la regulación de los vicios aparentes (art. 370 CCO 1829 y 336 CCO 1885) y en la de los ocultos (art. 371 CCO 1829 y 342 CCO 1885). Asimismo, esas supresiones que hemos mencionado dos notas más arriba pueden considerarse cambios en la regulación; etc.

711) Así, ALVAREZ DEL MANZANO/BONILLA/MIÑANA "Tratado de derecho mercantil español comparado con el extranjero", tomo II, (1916), p. 17.

712) En este sentido, GIRON TENA, "Dos conferencias sobre el estado de nuestra legislación mercantil" RFDUCM, vol. XV, (1971), pp. 29, 45 y 48; también F. SANCHEZ CALERO, cuyas palabras sólo se refieren a la concreta regulación de las obligaciones y contratos, la cual en principio no nos afecta: "la labor [la del CCO de 1885] se redujo a una cierta modificación en la sistemática y a una revisión de la redacción de los distintos artículos sobre los contratos mercantiles en especial, sin que se produjeran alteraciones notables de fondo" ["El código de comercio y los contratos mercantiles" en "Centenario del Código de comercio", vol. I, (1986), p. 217; véanse además las pp. 218, 219 y 226-227].

Segundo, que el CCO de 1885, aun siendo redactado con consciencia de la próxima codificación civil --de ello al menos en dos ocasiones da expresa fe su Exposición de Motivos (713)--, todavía es en cuatro años anterior al Código civil.

Con todo esto sólo hemos querido resaltar, en el aspecto que interesa a nuestro estudio, el diferente juicio crítico que cada uno de los dos códigos de comercio (1829 y 1885) ha merecido por parte de la doctrina. Por lo demás, y aunque de ningún modo se señale, tras las presentes valoraciones no queda nada más que un paso para plantearse la ya vieja y conocida cuestión de si es más conveniente que la materia de obligaciones y contratos esté regulada en un único texto legal, o en dos distintos (el Código civil y el de comercio) (714).

713) La primera de ellas se produce cuando la E.M. explica los requisitos que el menor debe reunir, si quiere ejercer la "profesión mercantil", continuando la actividad a la que se dedicaban sus progenitores o las personas que le nombraron heredero. Según la E.M, "deberá preceder la correspondiente declaración de la utilidad que al menor o incapacitado pueda reportar de continuar aquel negocio; lo cual corresponderá a la Autoridad judicial, previos los trámites en la Ley de Enjuiciamiento, mientras no se constituya el consejo de familia que organiza el Proyecto de Código civil, sometido o próximo a someterse a la deliberación de las Cortes" [A. POLO DIEZ "Leyes mercantiles y económicas", tomo I, (1956), p. 27].

La segunda vez en que la E.M. alude a los trabajos preparatorios del Código civil se localiza en una materia más próxima al tema de nuestra investigación. Cuando se refiere a la regulación general de los contratos mercantiles, la E.M. justifica la supresión de algunas de las reglas que contiene el CCO de 1829 "por corresponder más propiamente al Derecho civil privado, cuya codificación está próxima a terminarse" [A. POLO DIEZ, op. cit., p. 36].

Recordemos que la E.M. es de 1882 y no de 1885 [MOTOS GUIRAO/BLANCO CAMPAÑA "Proceso histórico de formación del Código de comercio", en "Centenario del Código de comercio", vol. II, (1991), pp. 93-94].

714) En el desenvolvimiento de esta cuestión es clave, desde el punto de vista histórico, la figura de C. VIVANTE. Por todos es conocido cómo este autor defendió en 1892 la unificación del Derecho mercantil y del civil. Como argumentos justificadores de su postura señaló:

a) Las reglas del CCO ital. de 1882 están pensadas para

proteger a los comerciantes, y no obstante esto, por virtud del art. 54 CCO ital. 1882 se fuerza a todo ciudadano que contrate con un comerciante a que cumpla unas reglas pensadas para una clase "infinitamente menos numerosa" como es la de dichos comerciantes.

A lo anterior, añade VIVANTE, que esa realidad se ve agravada en cuanto que el legislador delegó una parte de su poder a los comerciantes, al reconocer fuerza de ley a los usos comerciales, y estos usos --frecuentemente creados por acuerdos entre comerciantes-- también obligan a aquella persona que contrata con ellos.

b) La división entre Derecho civil y mercantil conlleva a problemas dentro de la Administración de Justicia. Al respecto señala VIVANTE que, si bien la supresión de los tribunales de comercio ha hecho que un gran número de controversias sobre la naturaleza comercial o civil del negocio hayan desaparecido, éstas siguen existiendo con las consiguientes pérdidas de tiempo, dinero y confianza en la Justicia, porque el juez tiene que determinar la naturaleza del negocio, a fin de identificar la ley y el procedimiento aplicable.

c) La facultad dada a los tribunales por ley, de atribuir a un acto que no figura en el Código de comercio el carácter de acto de comercio, implica dejar a los jueces la elección de la ley aplicable.

d) La existencia de dos códigos (el civil de 1865 y el de comercio de 1882) dificulta la combinación de sus disposiciones, cuando ambos regulan una misma institución. Así, no es fácil saber si el legislador ha querido regular íntegramente una figura, excluyendo la aplicación del Código civil.

e) En último lugar, VIVANTE dice que la división del Derecho privado implica una perniciosa influencia sobre el progreso científico. Entre otras cosas, afirma que la obra de los que escriben sobre la materia comercial es casi exclusivamente descriptiva, y a los cultivadores del Derecho civil les falta la preocupación de estudiar las nuevas relaciones jurídicas que surgen. (No hemos consultado el trabajo en que por primera vez VIVANTE desarrolla su opinión favorable a la unificación, sino la reproducción que del mismo hace, con algunas adiciones, en su "Traité de droit commercial", tomo I, traduit sur la troisième édition italienne (1907-1909), pp. 1-37, que se titula "L'unité du droit privé").

Unos años más tarde, lo cual también es de sobra conocido, VIVANTE se retracta de su postura favorable a la unificación del Derecho civil y mercantil en otro trabajo, titulado "L'autonomia del diritto e i progetti di riforma" [RDC, (1925), pp. 572 ss].

Dejando al margen el hecho de este cambio de postura, la importancia de estos dos trabajos de VIVANTE, sobre todo del primero, radica en que despertó el interés doctrinal sobre un tema al que, si bien ya conocido, no se le había dado la relevancia que después recibió.

En el ámbito europeo actual, los legisladores se muestran partidarios tanto de la regulación unitaria como de la separada del Derecho civil y del mercantil:

a) Entre aquéllos que en un mismo texto regulan las rela-

2. La denominada compraventa de consumo empresarial ¿tiene ca-

ciones entre particulares debemos citar el CO suizo de 1911, el CC ital. de 1942 y el nuevo código civil holandés [están en vigor sus libros I (1970), II (1976), III, V, VI y parte del VII (1 de enero de 1992); unas breves notas sobre el largo proceso de codificación holandés y las innovaciones más relevantes de los Libros III, V, VI y parte del VII, en A.S. HARTKAMP "La révision du code civil aux Pays-Bas, 1947-1992", en "Nieuw nederlands burgerlijk wetboek. Het vermogensrechts", traducido por HAANAPPEL/MACKAAY, (1990), pp. XXVII-XLI; cfr. infra, nota n.º 1091].

En cuanto al Derecho inglés son interesantes las páginas de BRADGATE/SAVAGE, quienes señalan que el Derecho mercantil inglés no cuenta con un texto que pueda reconocerse como código de comercio y que, pese a la dificultad de precisar su contenido, puede definirse como el "derecho relativo a la actividad comercial y a las transacciones" (p. 4). Este Derecho se informa del "common Law"; de las costumbres comerciales; cuenta con derecho estatutario que procede básicamente del siglo XIX; abarca a la legislación protectora del consumidor; e incluye también un importante número de tratados internacionales [pp. 6-7; "Commercial Law", Butterworths, (1991), pp. 3-12]

b) Entre aquellos ordenamientos que cuentan con un Código de comercio y con otro civil se encuentran el nuestro, el francés y el alemán.

En cuanto a la doctrina española --más la mercantil que la civil--, algunos autores se muestran partidarios de que, de "lege ferenda", se unifique en un texto la materia de obligaciones, que ahora se encuentra desgajada en el Código de comercio y en el civil. La misma postura favorable a la unificación se encuentra en materia de contratos, sobre todo, en lo que se refiere a la compraventa. [Entre otros, véase GARRIGUES "Derecho mercantil y Derecho civil", AAMN, tomo XV, (1967), pp. 433-454; A. BERCOVITZ "En torno a la unificación del Derecho privado", en "Estudios jurídicos en homenaje al Prof. De Castro", tomo I, (1976), pp. 153-168; F. SANCHEZ CALERO "El código de comercio y los contratos mercantiles", en "Centenario del código de comercio", vol. I, (1986), pp. 244-260; R. BERCOVITZ "Codificación civil y codificación mercantil: La reforma del Derecho de obligaciones", en "Centenario CC-I", pp. 287-323; VICENT CHULIA, "La unificación del Derecho de Obligaciones", en Congreso de Zaragoza, 15-18, de noviembre de 1993, pp. 263-304].

Por otra parte, recordemos el encuentro que tuvo lugar en Pavía los días 20 y 21 de octubre de 1990, promovido por Gandolfi. El Acta Unica europea de 1986 afirma el objetivo comunitario de crear un mercado interior sin fronteras. Ciertos autores entienden que la existencia de una pluralidad de reglas en los Estados comunitarios constituye un obstáculo importante a la libre circulación de mercancías. El tema a discutir en el encuentro de Pavía fue la posible conveniencia de un futuro Código de contratos y obligaciones, para el ámbito europeo comunitario, y entre otras cosas, estuvo presente la relación del Derecho mercantil y del civil [véase GANDOLFI, "Pour Code européen des contrats", RTDC, (1992), pp. 707-736; se trata de la comunicación introductoria a las Jornadas de Pavía; anteriormente, este autor había apuntado su idea del código europeo de

rácter mercantil o civil?: El estado de la cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia.

[156].- Nos limitamos a plantear la cuestión del carácter mercantil o civil de la compraventa de consumo empresarial, y no la de otras compraventas (⁷¹⁵), por la sencilla razón de que aquélla afecta directamente a nuestro tema de investigación: dentro de las sentencias que hemos extractado en el apéndice final, en un número elevado de ellas el caso debatido trató de

contratos, en "Una proposta di rilettura del quarto libro del Codice civile nella prospettiva di una codificazione europea", RTDPC, (1989), p. 221; con posterioridad, vuelve a reflexionar sobre el tema, a propósito del debate tenido lugar los días 3 y 4 de mayo de 1991, a instancia del "Max Plank" de Hamburgo, en "L'unificazione del diritto dei contratti in Europa: mediante o senza la legge?", RDC, (1993), pp. 149-158; sobre las ponencias del encuentro de Pavia de 1990: RUFFINI GANDOLFI, "Una codificazione europea sui contratti: prospettive e problemi", RDCComm, (1991), pp. 559-688; hace alusión al encuentro de Pavia de los MOZOS, quien estuvo presente, en "Integración europea: Derecho comunitario y Derecho común", RDP, (1993), pp. 211-225, especialmente las pp. 220-223; con más detalle, en "La propuesta de un Código europeo de contratos del 'Convegno di Pavia' vista desde España", en Congreso de Zaragoza, 15-18 de noviembre de 1993, pp. 413-438]. Situándose, desde la perspectiva de la CEE, véase O. LANDO, "Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation?", Am.J.Comp. L, pp. 573-585].

Finalmente, en esta breve panorámica sobre el actual movimiento favorable a la reforma parcial del Derecho privado de obligaciones y contratos, ya en el ámbito claramente internacional, hemos de mencionar el proyecto de Unidroit sobre los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales [al respecto, BONNELL, "Unification of Law by Non-Legislative Means: The Unidroit Draft Principles for International Commercial Contracts", Am.J.Comp.L, vo. 40, (1992), pp. 617-633; cfr. las pp. 620-621].

715) Como simples ejemplos que han dado lugar a la misma cuestión (¿mercantil o civil?) piénsese en la compraventa de consumo personal ("reventa"), en la de bienes inmuebles, en la de establecimientos mercantiles, etc.

una adquisición para dicho consumo (716).

Por compraventa de consumo empresarial entendemos aquellas adquisiciones que el empresario realiza para poder llevar a cabo una concreta producción, o para explotar un negocio. Por ejemplo, las adquisiciones de máquinas, herramientas u otros utensilios semejantes; también, la de combustible.

[157].- Situados en un plano de generalidades, dos rasgos caracterizan la presente cuestión dentro de la doctrina.

El primero es que ha sido a lo largo de la década de los 80, cuando la doctrina española ha mostrado una especial atención, como de inmediato se verá, a la discusión sobre el carácter mercantil o civil de la compraventa de consumo empresarial (717).

El segundo consiste en que, considerando globalmente las posturas que se sostienen, puede afirmarse que la doctrina mercantil especializada suele defender el carácter mercantil de la compraventa de consumo empresarial --hay diferencias, en cambio, en los caminos que emplea (718)--, mientras que la doctrina civil especializada mantiene el carácter civil de aquélla.

En la exposición de las concretas opiniones defendidas por los autores empleamos un criterio cronológico, en cuanto que

716) Véase infra, pp. .

717) Evidentemente, de la compraventa de consumo empresarial como supuesto de "reventa", puesto que la cuestión del carácter civil o mercantil de la "reventa" es bastante anterior: VICENT CHULIA "Compendio crítico de Derecho mercantil", 3ª. ed., (1990), pp. 84-85.

718) Unos utilizan la vía del art. 2.II CCO, y otros entienden que esta compraventa encaja dentro del art. 325 CCO.

nos parece, que es el que mejor ofrece cómo se ha desvuelto el debate doctrinal.

a) Es posible que la idea de distinguir tajantemente entre un consumo doméstico y un consumo empresarial arranque de Muñoz Planas (719). Este autor afirma, en un trabajo de 1981 y dedicado al estudio del art. 1967.4ª CC, que la prescripción trienal prevista en dicho precepto es una medida que el legislador estableció a favor del comprador que adquiere "géneros" con el fin de destinarlos a un uso doméstico (720). Dicha prescripción, por tanto, opera al margen de que el concreto comprador sea un empresario, dado que lo jurídicamente relevante es que cuando ese empresario adquiere, lo haga con un fin de consumo personal (721). Y, con ocasión de esta determinación del ámbito de aplicación del art. 1967.4ª CC, Muñoz Planas señala que las compraventas de consumo empresarial tienen carácter mercantil.

Esta postura la apoya en dos ordenes de ideas. Por un lado

719) Dice así: "Esta distinción entre consumo personal y consumo empresarial, aunque implícitamente no ha pasado desapercibida a alguno de nuestros autores, sin embargo no suele formularse del modo neto con que debe ser establecida" [MUÑOZ PLANAS "La prescripción del derecho al precio en las ventas al consumo", en "Estudios homenaje a A. Polo", (1981), pp. 745-746].

También atribuye a Muñoz Planas la condición de ser quien destacara la distinción entre consumo doméstico y consumo empresarial, ALCOVER GARAU, en RJC, (1987), p. 450.

720) Art. 1967 CC: "Por el transcurso de tres años prescriben las acciones para el cumplimiento de las obligaciones siguientes: (...) 4.ª La de abonar a los posaderos la comida y habitación, y a los mercaderes el precio de los géneros vendidos a otros que no lo sean, o que, siéndolos, se dediquen a distinto tráfico".

721) MUÑOZ PLANAS "La prescripción", pp. 703-751; especialmente las pp. 741-743.

afirma (722) que la compraventa de consumo empresarial no entra en el supuesto normativo contenido en el art. 326.1º CCO, el cual excluye que la compraventa de consumo tenga carácter mercantil (723); por otro lado señala (724), que el cauce que permite la calificación como mercantil de la compraventa de consumo empresarial es el art. 2.II CCO; esto es, el del acto de comercio por analogía (725).

b) Dos años más tarde de la publicación de Muñoz Planas -- en 1983-- sale a la luz un trabajo de Paz-Ares, exclusivamente dedicado a la cuestión de la mercantilidad de las compraventas (726).

722) MUÑOZ PLANAS "La prescripción", pp. 744-745.

723) Art. 326 CCO: "No se reputarán mercantiles: 1.º Las compraventas de efectos destinados al consumo del comprador o de las personas por cuyo encargo se adquieren".

724) MUÑOZ PLANAS "La prescripción", p. 748.

725) Art. 2.II CCO: "Será reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga".

726) PAZ-ARES, "Una teoría económica sobre la mercantilidad de la compraventa. (A propósito de la STS de 12 de diciembre de 1981)", ADC, (1983), pp. 943-996.

Sobre esa misma sentencia de 21 de diciembre de 1981, J.M.ª CUESTA RUTE había realizado un comentario: "Compraventa civil y mercantil, saneamiento por vicios y responsabilidad contractual", LL, (1982-2), pp. 331-341. Hemos de advertir que la sentencia que comentan uno y otro autor es la misma y que el título del trabajo de PAZ-ARES contiene una errata de imprenta, puesto que este autor aclara que utiliza una fotocopia del original de la sentencia (op. cit., p. 946, nota n.º 3), y más adelante habla de la STS de 21 de diciembre de 1981 (op. cit., p. 974).

Muy esquemáticamente, el caso consistió en la compraventa de un material ("Hidrocal") empleado por el comprador para el raseado de los techos y paredes de las viviendas y locales que construía. Dicho material resultó no apto, porque al absorber la humedad aumentaba de volumen, provocando la aparición de caliches. El Tribunal Supremo calificó esta compraventa de civil.

En su comentario J.M.ª CUESTA RUTE considera correcta esta calificación. A su parecer la construcción inmobiliaria está

Este autor retoma esa idea de la necesidad de diferenciar entre la compraventa de consumo doméstico y la de consumo empresarial, y, al igual que Muñoz Planas, sostiene el carácter mercantil de la compraventa de consumo empresarial. Ahora bien, difiere en la argumentación por la que llega a tal conclusión (727).

Según Paz-Ares, el art. 326.1º CCO únicamente abarca a las compraventas de consumo doméstico. Esta operación de delimitar el concreto supuesto de hecho contenido en ese art. 326.1º CCO es calificada por el propio Paz-Ares como interpretación teleológica y reductora (728). Excluida la compraventa de consumo

fuera del proceso de producción industrial contemplado en el art. 325 CCO (transcrito infra, nota n.º 729), y "la incorporación por el comprador del producto al edificio lo convertía en una de las partes integrantes con la consiguiente adquisición de la condición de bien inmueble" (op. cit., p. 334; pp. 333-334). Además, J.M.ª CUESTA RUTE entiende que las compraventas de consumo son compraventas civiles (op. cit. p. 337).

Sobre este mismo tema aparece otro comentario de J.M.ª CUESTA RUTE: "De nuevo sobre la compraventa civil y mercantil. Saneamiento por vicios y responsabilidad contractual", LL, (1982-4), pp. 155-163. Dicho comentario tiene por causa la aparición de las SS TS de 12 de marzo de 1982 (compraventa de parquet por comprador-constructor) y 23 de marzo de 1982 (compraventa de tabiques de escayola por comprador-constructor), en las que el Tribunal Supremo calificó a la compraventa celebrada de mercantil.

727) El propio PAZ-ARES expresamente indica esta discrepancia: "Para Muñoz, por otra parte, el supuesto que consideramos --'la compraventa para uso o consumo empresarial'-- debe reputarse mercantil a través de la vía del artículo 2 C. de c.. En este punto, sin embargo, disiento. A mi juicio, la función del artículo 2 (...) es la propia de una 'cláusula general de mercantilidad', pero que únicamente opera (...) respecto de aquellos grupos o constelaciones de casos en los que no ha habido decisión legislativa; es decir, donde hay laguna intralegal o de ratio, por ejemplo en el supuesto del contrato de franchising o factoring. Y ese no es el caso de ahora: en materia de compraventa sí ha habido una clarísima decisión legislativa; por ello el modo de proceder es el marcado por el artículo 4, I CC: la analogía legis" [PAZ-ARES, ADC, (1983), p. 981, nota n.º 75].

728) PAZ-ARES, ADC, (1983), pp. 974-978; especialmente las pp. 976-978.

empresarial de aquel supuesto normativo, de inmediato se plantea el problema de en dónde encajarla. Al respecto, Paz-Ares considera que entra dentro del tenor del art. 325 CCO, el cual define las compraventas que son mercantiles (729), aunque para ello debe recurrir al expediente de la "integración analógica".

Defiende Paz-Ares que, aunque el Código de comercio hable en el art. 325 de "reventa" y de "ánimo de lucrarse", lo que realmente define la mercantilidad de una compraventa es el segundo de los dos requisitos mencionados, el cual en términos económicos implica un "acto de inversión". En cambio, el primer requisito, el de la "reventa", no es un elemento que permita calificar de mercantil a una compraventa, sino que tan solo es una de las posibles maneras en que aquel "ánimo de lucro" puede ser exteriorizado. Añádase, que si se tiene presente el momento en el cual el Código de comercio surgió, se observa que tal "reventa" era la que mejor encarnaba el susodicho "ánimo de lucro" (730).

Determinado que el "ánimo de lucro" del comprador (731) es el fundamento que justifica la mercantilidad de la compra para

729) Art. 325 CCO: "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"

730) PAZ-ARES, ADC, (1983), pp. 957-959 y 978.

731) Precisa PAZ-ARES que, si bien el criterio definidor de la mercantilidad de una compraventa es siempre el ánimo de lucro, la posición jurídica relevante en los arts. 325 y 326 CCO, en cuanto a quien, si el comprador o el vendedor es el que debe tener el ánimo de lucro, no es la misma.

Así, mientras los arts. 325 y 326.1 CCO dan relevancia al ánimo de lucro del comprador, y no al del vendedor, los n.º 2, 3 y 4 del art. 326 CCO se la dan al ánimo del vendedor, y no al del comprador. La determinación de la posición jurídicamente relevante procede del legislador, y el intérprete no puede des-

"revender" --que es la expresamente contemplada en el art. 325 CCO-- Paz-Ares constata la existencia de un idéntico "ánimo de lucro" en la compraventa de consumo empresarial. Esta identidad justifica que el art. 325 CCO se aplique analógicamente a la compraventa de consumo empresarial, y de aquí deriva su carácter mercantil (732).

c) Otros dos años después --por tanto en 1985 (733)-- y a propósito de una misma sentencia del Tribunal Supremo --la de fecha de 20 de noviembre de 1984 (734)-- aparecen dos comenta-

conocerla, si quiere realizar un análisis coherente [ADC, (1983), pp. 948-952 y 974, pero se trata de una idea presente a lo largo de todo el trabajo].

732) PAZ-ARES, ADC, (1983), pp. 979-981.

733) Hemos de advertir que en el año anterior, 1984, QUINTANA CARLO publicó en CCJC un comentario sobre la STS 12 de diciembre de 1983, en el cual, y entre otras cosas, se planteaba la cuestión del carácter civil o mercantil de la compraventa de consumo empresarial, y al respecto realizaba la siguiente escueta reflexión.

Por un lado, consideraba que el hecho de que la jurisprudencia siguiera calificando de civiles dichas compraventas no respondía a la realidad del tráfico; pero, por otro lado, reconocía el considerable peso que para calificar una compraventa de mercantil tiene el ánimo de revender con finalidad lucrativa (esto es, los requisitos del art. 325 CCO) [CCJC n.º 4, comentario a la STS de 12 de diciembre de 1983, pp. 1211-1218; especialmente las pp. 1217-1218].

Trata con carácter general sobre la mercantilidad de las compraventas, J. NICOLAS MARTI "Responsabilidad del vendedor y riesgo en la compraventa mercantil", RDM, (1985), pp. 124-133.

734) El vendedor había enajenado unas partidas de pienso destinado a animales. El comprador, "corredor de ganado", no pagó su precio y ante ello el vendedor le demandó, suplicando el pago de aquél. Tanto la primera como la segunda instancia estimaron la pretensión del vendedor y calificaron la compraventa celebrada de mercantil. El Tribunal Supremo no casó, y en su sentencia expuso los argumentos que le llevaron a calificar de mercantil la compraventa de que conocía.

Según el Tribunal Supremo la compraventa celebrada reunía tanto el requisito de que el comprador tuviera la intención de revender, cuanto el del ánimo de lucro, ambos exigidos por el art. 325 CCO para que una compraventa sea calificable de mercantil. Considera el alto tribunal que las partidas de pienso "iban destinadas al engorde de ganado, con objeto de proceder a

rios en los que se continúa la discusión acerca del carácter mercantil o civil de la compraventa de consumo empresarial.

Uno de estos comentarios es de un autor que ya conocemos --se trata de Paz-Ares--, quien se reafirma en su opinión del carácter mercantil de las compraventas de consumo empresarial (735). El otro comentario proviene de R. Bercovitz, quien, en cambio, defiende el carácter civil (736).

Apoyándose en una interpretación literal y sistemática del art. 325 CCO, R. Bercovitz considera difícil el poder prescindir del requisito de la reventa para calificar de mercantil a una compraventa, y de aquí el que sostenga que la compraventa de consumo empresarial posea carácter civil (en ella no hay reventa) (737).

Junto a este argumento, al cual podríamos denominar técnico-jurídico, R. Bercovitz ofrece otro argumento en el que apoyar su opinión. Este consiste en que hoy por hoy las normas del

su venta, por lo que si, por una parte, se procedía a la reventa del pienso adquirido, una vez transformado en carne animal, destino éste propio de tal producto, por otra dada la actividad profesional del demandado, ha de presumirse el ánimo de lucrarse en la reventa, que animaba su quehacer" (cdo n.º 3).

735) PAZ-ARES "La mercantilidad de la compraventa para uso o consumo empresarial. (A propósito de la sent. del TS de 20-IX-1984)" en RDM, (1985), pp. 245-263; especialmente las pp. 250-252 y 254-258.

736) R. BERCOVITZ, comentario a la STS de 20 de noviembre de 1984, en CCJC, n.º 7, (1985), pp. 2175-2185.

737) R. BERCOVITZ, en CCJC, n.º 7, (1985), p. 2183.

Código civil favorecen más los intereses particulares del empresario que hace una adquisición para su consumo empresarial, que las correspondientes normas del Código de comercio. Esto --precisa R. Bercovitz-- es desde luego cierto, al menos en dos aspectos, que son de aquéllos de los que más frecuentemente conoce el Tribunal Supremo: el plazo de prescripción de la acción para pedir el pago del precio, y el plazo para reclamar por vicios ocultos en la cosa.

En cuanto al primer aspecto, el del plazo de prescripción de la acción de pedir el pago del precio, la calificación de civil de la compraventa de consumo empresarial implica que el vendedor cuenta tan sólo con un plazo de tres años, por disponerlo así el art. 1967.4ª CC (738). Por contra, si dicha compraventa se califica de mercantil, el plazo de que dispone el vendedor para pedir el pago del precio es de quince años por aplicación del art. 1964 CC, y esto porque, dado que el Código de comercio no prevé ningún plazo para esta acción, hay que acudir al art. 943 CCO que, a su vez, remite a las oportunas normas civiles (739).

En cuanto a los plazos de reclamación por vicios ocultos del objeto, mientras el Código civil establece seis meses desde la entrega (art. 1490 CC), el de comercio habla de los treinta

738) Recuérdese que Muñoz Planas defendía que el art. 1967.4ª CC sólo se aplica a las compraventas de consumo personal, familiar o doméstico, y no a las de consumo empresarial; supra, notas n.º 720 y 721.

739) Art. 943 CCO: "Las acciones que en virtud de este Código no tengan un plazo determinado para deducirse en juicio se regirán por las disposiciones del Derecho común".

Acerca del significado de esa expresión "Derecho común" véase infra, la nota n.º 996.

días siguientes a la entrega (art. 342 CCO) (740).

d) A partir del anterior comentario de sentencia de R. Bercovitz, nos encontramos con que, en la discusión sobre el carácter mercantil o civil de la compraventa de consumo empresarial, los autores hacen expresa referencia sobre qué régimen, si el del Código civil o el del Código de comercio, es más favorable a los intereses del empresario-comprador (741).

En este sentido, dentro del mismo año 1985, e igualmente a propósito de la misma sentencia del Tribunal Supremo --esta vez la de 3 de mayo de 1985 (742)--, se publican otros dos comentarios.

740) R. BERCOVITZ, en CCJC, n.º 7, (1985), pp. 2183-2184.

Esta argumentación de política legislativa es expresamente criticada por PAZ-ARES, en RDM, (1985), pp. 258-262.

741) Hemos de advertir que PAZ-ARES en parte también apunta sobre las ventajas del régimen del Código de comercio y las del Código civil.

742) El vendedor, una sociedad anónima dedicada a la fabricación de piensos compuestos para animales, enajenó al comprador diferentes partidas de pienso, desde julio de 1976 a junio de 1977. El comprador no pagó el precio y de aquí que fuera demandado por el vendedor, a fin de que cumpliera. El comprador se opuso a la pretensión del vendedor, porque la acción de éste había prescrito: consideraba que la compraventa era civil, procediendo por ello aplicar la prescripción trienal que prevé el art. 1967.4ª CC.

El Juzgado de primera instancia calificó la compraventa de civil y declaró prescrita la acción del vendedor. La Audiencia consideró que se trataba de una "compraventa continuada semejante al contrato de cuenta corriente", y por tanto poseía carácter mercantil; de aquí, que el plazo de prescripción de la acción del vendedor de pago del precio fuese de quince años (art. 1964 CC), y no de tres, procediendo por ello la estimación de la pretensión del vendedor.

Al igual que la Audiencia, el Tribunal Supremo calificó de mercantil la compraventa celebrada. Pero motivó esta calificación con otros argumentos. El alto tribunal considera, por un lado, que las compraventas de consumo empresarial están excluidas del art. 326.1º CCO y por tanto, no son civiles; por otro lado, afirma que en tales compraventas existe ese ánimo de lucro que el art. 325 CCO exige para calificar de mercantil a una compraventa, y de aquí que las compraventas de consumo empresarial merezcan la calificación de mercantiles. Este carácter ex-

Uno es de R. Bercovitz, quien insiste en la calificación de civil de la compraventa de consumo empresarial y reitera, con una exposición más minuciosa y detallada, las razones en que para ello se apoyó: la del tenor literal del art. 325 CCO y la del régimen más favorable del Código civil (743).

El otro comentario es de F. Oleo, el cual se adhiere a la postura y razones dadas por Paz-Ares para calificar de mercantil la compraventa de consumo empresarial, además de cuestionarse el hecho de que el régimen del Código civil sea más favorable que el del Código de comercio, inclinándose por el segundo (744).

e) Finalmente en 1987, y por lo que nosotros sabemos, aparece un trabajo de Alcover, el cual comenta precisamente esa STS de 3 de mayo de 1985 (745), y en el que defiende el carác-

cluye la aplicación del art. 1967.4º CC, procediendo en cambio la del art. 1964 CC, por lo cual la acción del vendedor no había prescrito.

Se habrá observado que el caso de la presente sentencia de 3 de mayo de 1985 es muy semejante al de la STS de 20 de noviembre de 1984 (extractado supra, en nota n.º 734), y no obstante esto, la argumentación mediante la cual en una y otra ocasión califica el Tribunal Supremo la compraventa de mercantil es claramente diferente. Habrá también resultado evidente que el ponente de la sentencia (Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas) conoce las razones en base a las cuales Paz-Ares defiende la mercantilidad de la compraventa de consumo empresarial.

743) R. BERCOVITZ, comentario a la STS de 3 de mayo de 1985 en CCJC, n.º 8, (1985), pp. 2595-2608; especialmente las pp. 2599-2608, que son las de su comentario.

744) F. OLEO "Comentario a la sentencia del TS de 3 de mayo de 1985. (De nuevo sobre la mercantilidad de la compraventa para uso o consumo empresarial), en RDM, (1985), pp. 765-776; especialmente las pp. 766-772.

745) ALCOVER GARAU "La mercantilidad de la compraventa de bienes para uso empresarial. En torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1985", en RJC, (1987), pp. 443-468.

Recordemos que esa sentencia de 3 de mayo de 1985 ya había

ter mercantil de la compraventa de consumo empresarial.

Este autor parte de que dicha compraventa no encaja dentro del art. 326.1º CCO (746), y se cuestiona si puede entrar en el art. 325 CCO.

Teniendo presente este propósito, procede a analizar cuál es el fin perseguido por las normas contenidas en los arts. 327 y ss CCO, que regulan el contrato de compraventa, y llega a la conclusión de que aquél consiste en asegurar el que en el tráfico mercantil haya un adecuado funcionamiento, así como el que se facilite la fluidez entre relaciones. Tras esto, Alcover re-toma la compraventa de consumo empresarial y afirma, que si bien este modelo de compraventa persigue un claro ánimo de lucro, desde luego que no se trata del mismo que caracteriza al tráfico especulativo e interprofesional y que justifica las especiales normas de esos arts. 327 y ss CCO. Esta afirmación se traduce, sin más, en la negación de que el art. 325 CCO pueda ser el cauce que permita atribuir carácter mercantil a la compraventa de consumo empresarial (747).

Descartado el cauce del art. 325 CCO, Alcover se plantea el del art. 2.II CCO --el del acto de comercio por analogía (748)-- y al respecto afirma que éste es el que permite califi-

sido objeto de comentario por R. Bercovitz y por F. Oleo.

746) ALCOVER GARAU, en RJC, (1987), pp. 459-460.

747) ALCOVER GARAU, en RJC, (1987), pp. 460-465.

748) Recuérdese que se trata de la tesis que ya defendió Muñoz Planas; supra, nota n.º 724.

car de mercantil a la compraventa de consumo empresarial (749). A ello añade, que el art. 2.II CCO es una vía adecuada, porque la atribución de mercantilidad mediante este mecanismo implica que al nuevo acto de comercio deben aplicársele las normas generales de los contratos mercantiles, y, en lo no previsto por éstas, las normas de Derecho común, con la excepción de aquellas normas del Código de comercio que puedan ser aplicadas por analogía.

Esta jerarquía en la determinación de las normas aplicables a la compraventa de consumo empresarial exige un estudio de los arts. 327 y ss CCO a fin de identificar cuáles de ellos son aplicables a aquélla. Pese a que Alcover se excusa de llevarlo a cabo en este concreto trabajo, sí afirma que los arts. 336 y 342 CCO no son aplicables a la compraventa de consumo empresarial, porque persiguen la protección de un tráfico especulativo, que no corresponde a dicha compraventa (750).

Adviértase que estos arts. 336 y 342 CCO (sobre todo el último) regulan uno de los dos aspectos a los cuales la doctrina ha dedicado especial atención cuando se plantea cuál es, teóricamente, el régimen que más favorece los intereses del comprador que celebra una compraventa de consumo empresarial: si el del Código de comercio o el del Código civil (751).

[158].- En lo que respecta al Tribunal Supremo, éste mantiene una constante línea favorable a la calificación de civil de la

749) ALCOVER GARAU, en RJC, (1987), p. 465.

750) ALCOVER GARAU, en RJC, (1987), pp. 465-467.

751) Recuérdese a R. Bercovitz y F. Oleo.

compraventa de consumo empresarial (752). De forma excepcional, se encuentra alguna sentencia que la califica de mercantil (753).

752) SS TS: 27 de enero de 1945; 1 de julio de 1947; 7 de julio de 1969; 14 de mayo y 12 de diciembre de 1983. Estas sentencias las hemos recogido de F. OLEO [RDM, (1985), pp. 766 ss] y en ellas el Tribunal Supremo expresamente debate sobre la calificación civil o mercantil de la compraventa.

Ahora bien, la anterior línea jurisprudencial la encontramos implícitamente corroborada en estas otras sentencias en las que el caso claramente consistió en una compraventa de consumo empresarial (situándonos desde una perspectiva doctrinal) y en las que el Tribunal Supremo no se planteó el carácter civil o mercantil de la compraventa (dejando al margen el hecho de que el recurrente en casación no alegase tal cuestión), partiendo del carácter civil, sin más.

Dichas SS TS son las de: 6 de mayo de 1911 (máquina de determinada potencia); 16 de enero de 1930 (motor para molino); 12 de mayo de 1932 (instalación frigorífica); 23 de junio de 1965 (dos grupos electrógenos); 7 de junio de 1966 (camión para transporte); 8 de marzo de 1969 (máquina para alzado de pliegos de papel); 22 de diciembre de 1971 (máquina para fabricar grapas); 25 de abril de 1973 (máquina cortadora de cartón); 3 de abril de 1974 (máquina para pelado, despuntado y separador de pieles de tomate y llenadora lineal de botes); 10 de junio de 1976 (tres autobuses); 20 de diciembre de 1977 (máquina alzadora automática); 3 de abril (máquina para plastificar) y 28 de mayo (máquinas que fabrican tubos de polietileno) de 1981; 19 de enero (seis vibrotamices) y 10 de junio (máquina para fabricar pienso) de 1983; 20 de febrero de 1984 (camión-grúa); 3 de febrero de 1986 (pala cargadora de orugas).

753) STS de 16 de junio de 1972, que resolvió sobre una compraventa de unos "Karts" que los compradores adquirieron con el fin de innovar su negocio. El Tribunal Supremo calificó la compraventa de mercantil sin dar ningún razonamiento de cómo llegó a esa calificación; simplemente partió de que poseía dicho carácter.

Esa STS de 16 de junio de 1972 está en clara contradicción con las SS TS de 7 de junio de 1966 y 10 de junio de 1976, que conocieron casos muy similares a los de aquella (están citadas en la nota inmediatamente anterior a ésta). La STS de 7 de junio de 1966 calificó de civil a la compraventa de un camión que el comprador empleó en su negocio de transporte, y la STS de 10 de junio de 1976, igualmente calificó de civil a la de tres autobuses que el comprador destinó al funcionamiento de las dos líneas de transporte público que tenía asignadas.

Ya no con tanta similitud al caso de la STS de 16 de junio de 1972, aunque sí tiene una cierta proximidad, encontramos la de 31 de enero de 1970, la cual decidió sobre la adquisición de un autobús que el comprador destinó para el transporte de sus empleados a la fábrica; esta compraventa fue calificada de civil.

3. Modelos de compraventa contenidos en el art. 336 CCO.

[159].- El art. 336 CCO se sitúa en el momento en el cual el comprador materialmente recibe las "mercaderías". Según la doctrina mercantil, las "mercaderías" consisten en bienes corporales de naturaleza mueble, con valor patrimonial intrínseco (754). De esta definición deriva que ese término no alude al modo en que el comprador y el vendedor han considerado el objeto del contrato. En otras palabras, que las "mercaderías" pueden ser el objeto, tanto de una compraventa específica, cuanto de una genérica.

De acuerdo a lo anterior es correcto decir que dentro del tenor literal del art. 336 CCO entran tanto el supuesto de la compraventa específica como el de la genérica. Otra cosa es, que el Tribunal Supremo conozca, cuando aplica el art. 336 CCO, de un mayor número de casos en los que la compraventa es genérica, en lugar de específica. La doctrina mercantil suele destacar cómo dentro del tráfico comercial lo frecuente es la celebración de compraventas genéricas (755).

754) F. MELON INFANTE "La adquisición de mercaderías en establecimiento comercial. (Estudio del artículo 85 del Código de Comercio)", (1958), pp. 140-142; E. SECO CARO "Derecho mercantil" dirigido y coordinado por G.J. Jiménez Sánchez, (1990), p. 777; R. URÍA "Derecho mercantil", 18.ª ed., (1991), p. 549; F. VICENT CHULIA "Compendio crítico de derecho mercantil", tomo II, 3.ª ed., (1990), p. 90.

755) J. GARRIGUES "Estudios de derecho mercantil", en RDM, n.º 78, (1960), p. 275; RDM, n.º 80, (1961), p. 265; E. SECO CARO "Derecho mercantil" dirigido y coordinado por G.J. Jiménez Sánchez, (1990), p. 804.

[160).- Siendo la compraventa específica, podemos entender que el art. 336 CCO es aplicable al caso, en que comprador y vendedor consienten, teniendo a la vista el objeto, y aplazan su entrega. Llegada ésta, el comprador constata que se le ha remitido cosa diferente de la que vió y sobre la que consintió. El art. 336 CC abarca también el caso, en el que el vendedor entrega la cosa que el comprador vió, y ésta adolece de un defecto, consecuencia de que el vendedor no cumplió su obligación de custodia.

Si bien es cuestionable, otro posible caso encajable en el art. 336 CCO es aquél, en que comprador y vendedor celebran la compraventa, sin estar presente la concreta cosa, y ésta es por vez primera conocida por el comprador en el momento de la entrega, percatándose entonces, de que la misma no se corresponde con aquélla que fue descrita en el contrato. Adviértase que, si se admite esta aplicación del art. 336 CCO, hemos de hablar de especialidad mercantil. Si a este caso le aplicásemos las normas del Código civil, tendríamos que resolverlo a través del error o del dolo, vicios de consentimiento, figuras que en modo alguno dan al comprador la acción de cumplimiento que, en cambio, contiene el art. 336 CCO (756).

756) Calificamos de cuestionable este caso, porque podemos entender que el mismo no encaja en el art. 336 CCO, sino que en las normas del CC sobre vicios del consentimiento, vía art. 50 CCO. Es oportuno mencionar la STS de 27 de enero de 1945, que conoció de una compraventa específica de tres tornos, celebrada por teléfono y en la que la oferta se hizo mediante anuncio en el periódico. Cuando el comprador recibió los tres tornos, comprobó que dos de ellos eran de marca distinta a la ofertada y que al tercero le faltaban determinadas piezas. La segunda instancia afirmó la nulidad del contrato por error vicio. En el recurso de casación, el vendedor alegó inaplicación e interpretación errónea del art. 325 CCO en relación con los arts. 1 y 2 CCO, y del art. 336 CCO. Sin embargo, el Tribunal Supremo, por

[161].- En relación a la compraventa genérica, el art. 336 CCO alcanza a diferentes casos, que comparten, el que el comprador no conoce, en el momento de la perfección, la concreta cosa que le será entregada.

Uno es aquél en que el vendedor, de forma unilateral, selecciona la cosa, a fin de entregarla, y, cuando el comprador la recibe, comprueba que no se corresponde con el género pactado. Otro, sería aquél, en que el comprador intervino y asintió en la elección del objeto --hay pues especificación--, pero, llegado el momento de la entrega, el vendedor da una cosa diferente de la ya individualizada, o con defectos, por no haberla custodiado correctamente (757).

A nuestro parecer, el elemento común a todos estos casos de compraventa específica y genérica consiste en que sólo en el

partir de la calificación civil de la compraventa, no entró en el análisis del art. 336 CC. Tampoco procedió a la casación.

757) La doctrina mercantil señala que, si bien la especificación puede ser realizada por vendedor y comprador, también puede hacerla de forma individual el vendedor, en casos en los que la reunión de ambos contratantes sea difícil. El ejemplo por excelencia son las compraventas de plaza a plaza [E. SECO CARO "Derecho mercantil", dirigido y coordinado por G.J. Jiménez Sánchez, (1990), p. 805; F. VICENT CHULIA "Compendio crítico de derecho mercantil", tomo II, 3.ª ed., (1990), p. 95].

En su sentencia de 2 de julio de 1973, el Tribunal Supremo, recogiendo la sentencia de primera instancia, dice: "es práctica mercantil frecuente, jugando el principio de la buena fe, que, cuando como aquí ocurre, cuando la venta se hace de plaza a plaza y la completa medición suponga tarea ardua y duradera, la especificación se realice unilateralmente por el vendedor, comprobándose la operación por el comprador a su recibo" (cdo n.º 3; AR. 2931).

momento de la entrega material de la cosa, es cuando el comprador por vez primera puede percatarse de la diferencia o anomalía del objeto (758).

4. Modelos de compraventa contenidos en el art. 342 CCO.

[162].- El art. 342 CCO emplea la expresión "cosa vendida". Da la sensación, por ello, de que piensa más en una compraventa específica, que en una genérica. Tal impresión se acentúa, si tenemos en cuenta, además, que la mayor parte de los artículos del CCO, cuando aluden al objeto del contrato, emplean las palabras "mercaderías" (759), "géneros" (760), o "efectos" (761), términos evocadores de una compraventa genérica aunque, como acabamos de indicar, no puede excluirse su utilización en la compraventa específica.

Sin embargo, hay un dato que permite afirmar que el modelo de compraventa sobre el que opera el art. 342 CCO es el específico, y no el genérico, pues éste se aplica cuando la mercancía ya ha sido aceptada por el comprador. Esto es, cuando ya hay acuerdo entre vendedor y comprador de que el objeto del cumplimiento es esa cosa y no otra, con independencia de que el obje-

758) Sobre los modelos de compraventa encajables en el art. 336 CCO, véase F. SANCHEZ CALERO, en RDM, (1956), pp. 459-460; también, ADC, (1959), p. 1197.

759) Cfr. arts. 330, 331, 332, 333, 334, 336, 337, 339 CCO 1885.

760) Cfr. arts. 327, 328, 330, 338, 340 CCO 1885.

761) Cfr. arts. 326.1, 329, 331, 332, 333, 335, 339 CCO 1885.

to de la compraventa fuera desde el principio específico, o, siendo genérico, se haya procedido a su especificación.

5. Aproximación histórica al problema de las anomalías cualitativas de las mercancías vendidas. La general irrelevancia del carácter genérico o específico de la obligación.

[163].- A continuación seleccionamos las opiniones de algunos autores, españoles y extranjeros, así como algún texto legal, que muestran lo que a lo largo de la historia ha preocupado en relación con el problema de las anomalías cualitativas de las mercancías vendidas. En esta selección, en parte nos ha guiado la búsqueda de autores y textos que, en opinión generalizada, son claros antecedentes del CCO de 1829; aunque también recogemos la opinión de algún autor, que lejanamente puede ser considerado como tal.

A nuestro entender, los antecedentes históricos del problema, pueden caracterizarse con estos tres rasgos.

a) Diversidad de enfoques: La cuestión de las anomalías cualitativas es enfocada por los distintos autores desde perspectivas muy diferentes. Por ejemplo, Mercado expone la materia desde un punto de vista en el que interfieren Derecho y Moral; Hevia y Bolaños, en su libro especialmente dedicado al tráfico entre comerciantes ("Laberintho de comercio terrestre y naval"), recoge las reglas del Derecho común; Pardessus, que ya cuenta con un Código --el civil francés-- emplea en su exposición una sistemática más próxima a la nuestra.

b) Falta de coincidencia en el tipo de vicios que consideran: Ciertos autores diferencian dos tipos de vicios: los apa-

rentes y los ocultos. No obstante, éste no es el caso de Hevia y Bolaños quien habla de los vicios ocultos y de aquéllos que derivan del comportamiento fraudulento llevado a cabo por el vendedor en el momento anterior, o en el de la celebración del contrato. Ni tampoco el de las Ordenanzas de Bilbao de 1737 que parecen regular únicamente los vicios aparentes.

c) Irrelevancia generalizada del carácter específico o genérico de la compraventa: Salvo Pardessus, ningún otro autor tiene presente en su exposición el hecho de que la compraventa celebrada fuera específica o genérica. Se trata de un dato al cual no se le da relevancia alguna.

5.1. La doctrina de Tomas de Mercado: el "precio accidental"; licitud de la venta; defecto aparente y defecto oculto.

[164].- Mercado expone el problema de la entrega de una cosa con anomalías cualitativas, cuando desarrolla el denominado "precio accidental" (762). Este es el "que corre de contado

762) Según MERCADO, la compraventa es un acto de "justicia conmutativa, virtud que consiste en guardar igualdad en los contratos, conviene a saber, que se dé tanto cuanto se recibe, (...) en valor y precio" (p. 100). Este carácter conmutativo, que supone la necesidad de que entre el precio y la mercancía medie una relación de igualdad, conlleva que haya un "justo precio".

El "justo precio" --señala MERCADO, apoyándose en Aristóteles-- puede conformarse de dos diferentes maneras, cada una de las cuales cuenta con una distinta terminología:

a) La del precio legal. Es el precio que determina la República y con relación a él, Mercado suele emplear la palabra "tasa".

Si existe tasa, el vendedor no puede vender por encima de ella, y si acaso lo hiciera, tiene que restituir al comprador el exceso habido sobre la misma. En cambio, el vendedor puede vender por debajo de la tasa, salvo que la pragmática que la imponga dispusiera lo contrario.

Esta manera con la que opera el precio legal, precisa Mercado, es la que hace que teólogos y filósofos califiquen de "indivisible" a la tasa de la República.

b) La del precio natural o accidental. Este precio "es el

públicamente y se usa esta semana y esta hora, como dicen en la plaza, no habiendo en ello fuerza ni engaño, aunque es más variable, según la experiencia enseña, que el viento" (763).

De esta definición dada, el propio autor resalta la necesidad de que no haya engaño en la determinación del precio, lo cual, sin embargo, ocurre cuando la mercancía se encuentra "viciada" (764). Las causas de este carácter viciado pueden ser varias: que la mercancía "no es la que se pide y busca"; o que el peso o la medida no son correctos; o que la mercancía adolece de un defecto de calidad (765).

Para que en estos tres distintos casos la venta pueda calificarse de lícita es necesario disminuir el precio. Mercado

que el uso introduce y lo que ahora vale en las plazas o en las tiendas" (p. 102; sin perjuicio de la definición que de inmediato señalamos en el texto).

Frente al carácter indivisible de la tasa, el precio accidental "tiene latitud de más o menos y todo justo" (p. 102), y dentro de él se distingue entre un precio "piadoso, otro mediano, otro riguroso" (p. 103). Por cualquiera de estos tres precios la mercancía puede ser vendida.

T. DE MERCADO en "Suma de tratos y contratos", Libro II, Cap. VI, "De la autoridad que tiene la república en tasar los precios, y cuál de ellos es justo", (1571), ed. y estudio preliminar por N. Sánchez Albornoz, (1977), vol. I, pp. 92-104; especialmente las pp. 100-104.

763) T. DE MERCADO "Suma de tratos y contratos", Libro II, Cap. VIII, "Cuál es el justo precio donde no hay tasa, y de los monopodios y ventas ilícitas", ed. Sánchez Albornoz, vol. I, p. 118.

764) Precisa T. DE MERCADO que, junto a esta forma de engaño -- la de la mercancía viciada--, otra se encuentra "en el mercader, que ejercita con engaño su arte, haciendo monopodio con sus consortes y compañeros que no baje" ["Suma de tratos y contratos", Libro II, Cap. VIII, ed. Sánchez Albornoz, vol. I, p. 119].

Recuérdese acerca del engaño en la mercancía, la tesis defendida por R.M.^a Llácer, supra, n.ºm. 109.

765) T. DE MERCADO "Suma de tratos y contratos", Libro II, Cap. VIII, ed. Sánchez Albornoz, vol. I, p. 119.

habla del deber que sobre el vendedor recae de bajar dicho precio, dado que no vale lo mismo una mercancía "acondicionada" que otra no acondicionada (766).

Ahora bien, esta regla de la disminución del precio no es en algunos casos todavía suficiente, y es entonces cuando Mercado alude al carácter aparente u oculto del defecto.

Si el defecto es aparente, es suficiente esa regla de la disminución del precio, y el vendedor no tiene por qué advertir al comprador de la existencia de aquél: "se presume, si es aparente, que lo habrá visto y así lo quiere; do, disminuyéndolo del precio, no le hace agravio ni injuria" (767).

Si el defecto es oculto, el vendedor debe hacérselo saber al comprador. Entre estos defectos, de los cuales el comprador debe ser informado, Mercado incluye aquéllos que provoquen un daño, sea éste personal o material, y aquéllos otros que dan lugar a una disminución de la utilidad de la cosa ("no le ha de ser provechosa"). El vendedor no puede lícitamente vender, si no comunica el defecto de la mercancía al comprador, y ello aunque baje mucho el precio. En el caso de que no hiciera esto y entregase la mercancía, el vendedor "peca mortalmente y está obligado a deshacer el contrato y a satisfacerle [alude al comprador] el daño que le viniere, pues sin ninguna justicia le fue causa de ello" (768).

766) T. DE MERCADO "Suma de tratos y contratos", Libro II, Cap. VIII, ed. Sánchez Albornoz, vol. I, pp. 119-120.

767) T. DE MERCADO "Suma de tratos y contratos", Libro II, Cap. VIII, ed. Sánchez Albornoz, vol. I, p. 120.

768) T. DE MERCADO "Suma de tratos y contratos", Libro II, Cap. VIII, ed. Sánchez Albornoz, vol. I, pp. 120-122.

Más abajo, en el Cap. XII, ("Do se trata cuál es el precio justo en las almonedas y cómo se ha de repartir las rentas de

Por otro lado, Mercado afirma estar en desacuerdo con quienes defienden que el vendedor satisface este tener que hablar, con tan sólo indicar que da la mercancía con "con todas sus tachas buenas o malas". A su entender debe "manifestar el defecto no manifiesto" (769).

Ahora bien --acaba precisando Mercado-- no sólo sobre el vendedor pesa la obligación de manifestar los posibles defectos de la cosa. También el comprador debe indicarlos, si la compra "por menos de lo que vale" y la causa de ese menor precio reside en la "ignorancia del vendedor" (770). En el caso de que aquél no informare al vendedor, además de "peca[r] mortalmente", ha "de restituir lo que de más valía" la mercancía (771).

No obstante lo anterior, el deber de informar del comprador cuenta con un límite: el de las cualidades extraordinarias de la cosa. Si el comprador sabe que dicha cosa posee una "virtud extraordinaria", le es lícito el callársela y entonces "basta dar por ella lo que comúnmente suele valer" (772).

los bienes raíces"), señala que en las ventas hechas en almoneada pública operan las reglas de este Cap. VIII, que ahora estamos exponiendo (op. cit., p. 156; cfr. art. 1489 CC).

769) T. DE MERCADO "Suma de tratos y contratos", Libro II, Cap. VIII, ed. Sánchez Albornoz, vol. I, p. 122.

770) T. DE MERCADO "Suma de tratos y contratos", Libro II, Cap. VIII, ed. Sánchez Albornoz, vol. I, p. 124.

771) T. DE MERCADO "Suma de tratos y contratos", Libro II, Cap. VIII, ed. Sánchez Albornoz, vol. I, p. 124.

772) T. DE MERCADO "Suma de tratos y contratos", Libro II, Cap. VIII, ed. Sánchez Albornoz, vol. I, pp. 124-125.

5.2. La doctrina de Hevia Bolaños: dolo grave y dolo accidental; vicios redhibitorios.

[165].- Cuando trata de la "Venta" (773), Hevia considera el hecho de que las mercancías entregadas presenten anomalías cualitativas, y enfoca su análisis teniendo en cuenta el comportamiento desarrollado por el vendedor, en el período anterior a la celebración del contrato.

Su exposición es casuística. Hevia enumera una serie de supuestos en los que la conducta del vendedor incide en "dolo, y engaño". Por ejemplo, cuando el vendedor enseña unas mercancías y entrega otras del mismo género "peores, y no de la misma bondad, y substancia de las que enseñó" (774); cuando estando las mercancías en sacos o cajas, "pone debaxo las malas, y encima las buenas, para que parezcan, que todas lo son" (775); cuando usa de "otra maestria" para que las mercancías "parezcan mejor de las que son" (776); cuando enajena mercancías "corruptas, ú dañadas por buenas"; cuando mezcla mercancías buenas con

773) Consultamos: J. DE HEVIA BOLAÑOS, "Laberintho de comercio terrestre y naval", Libro I, Cap. XII, "Venta", pp. 306-316, (1740), reproducción facsimilar de la Revista peruana de Derecho de la Empresa (1988).

774) J. DE HEVIA BOLAÑOS "Laberintho de comercio terrestre y naval", Libro I, Cap. XII, n.º 20, p. 310; en nota cita la P. 7.16.7.

775) J. DE HEVIA BOLAÑOS "Laberintho del comercio terrestre y naval", Libro I, Cap. XII, n.º 20, p. 310; en nota cita la P. 7.16.8.

776) J. DE HEVIA BOLAÑOS "Laberintho del comercio terrestre y naval", Libro I, Cap. XII, n.º 20, p. 310; en nota cita una Ley recopilada: lib. 5, tit. 12, L. 1.

otras "que no lo están, ó con otras cosas, diciendo ser puras, y vendiendolas por tales" (777).

Tras exponer estos casos, Hevia pasa a distinguir las dos modalidades de dolo o engaño, en las cuales el vendedor puede incidir. Una se produce cuando "el dolo, ó engaño dió causa al contrato de la venta", de forma que si éste no hubiera existido, aquél tampoco se habría celebrado. Este dolo determinante, desencadena la nulidad 'ipso iure' del contrato. El otro tipo de dolo, al cual Hevia alude, es aquél que, si bien interviene en la celebración del contrato, no es determinante del mismo, en cuanto que hubo voluntad de contratar. Este otro dolo tan solo da lugar a la reducción y rescisión del precio a lo justo (778).

[166].- Hevia trata también del problema de la entrega de mercancías con anomalías cualitativas, cuando estudia los vicios, tachas u defectos de la cosa, a los que dedica todo un capítulo, que titula "Redhibitoria" (779). Ahí, desarrolla el concepto y requisitos de los vicios redhibitorios, de la acción

777) J. DE HEVIA BOLAÑOS "Laberintho del comercio terrestre y naval", Libro I, Cap. XII, n.º 21, p. 310; en nota cita las P. 5.7.1 y 7.16.8.; y la Rec. Libro 1. tit. 5., ley 3; libro 5, tit. 25, leyes 7 y 8.

778) Resulta patente que Hevia nos está describiendo la distinción entre el dolo causal y el dolo incidental. De hecho, en nota cita la Ley 57 de la P. 5.5. que es a la que normalmente se asocia esa distinción, antes del Código civil. [J. DE HEVIA BOLAÑOS "Laberintho de comercio terrestre y naval", Libro I, Cap. XII, n.º 23, p. 310].

779) J. DE HEVIA BOLAÑOS "Laberintho del comercio terrestre y naval", Libro I, Cap. XIII, "Redhibitoria", pp. 316-323.

'*quanti minoris*' y de la acción redhibitoria. Apoya frecuentemente su exposición en Cepola, si bien cita también a otros autores. Los textos que sobre todo emplea proceden del Digesto (D. 21.1., "De aedilicio edicto et redhibitione, et *quanti minoris*"), y de las Partidas de Alfonso X, entre las cuales suele mencionar la P.5.5., leyes 63, 64, 65 y 66 (780).

Se trata, como se habrá deducido, de una exposición fuertemente romanista; buena prueba de ello, entre otras, es el hecho de que Hevia dedique una sustancial parte de su exposición a detallar los defectos de los esclavos (781); también alude a los de los animales (782).

Es interesante destacar la afirmación de Hevia acerca de que las acciones '*quanti minoris*' y redhibitoria no impiden el ejercicio de otras acciones, como el de la "acción de la evicción, y saneamiento de la cosa", y el de "la acción de engaño en mas de la mitad de el justo precio" (783).

5.3. La doctrina de Pardessus: vicios aparentes ("calidad"); venta con transporte; vicios redhibitorios; compraventa específica y genérica.

[167].- Pardessus (784) comienza su exposición acerca de la calidad de la cosa, recordando que el deudor no puede ofrecer al

780) Transcritas supra, nota n.º 356.

781) J. DE HEVIA BOLAÑOS "Laberintho de comercio terrestre y naval", Libro I, Cap. XIII, n.º 11 a 20 y 22, pp. 318-320.

782) J. DE HEVIA BOLAÑOS "Laberintho de comercio terrestre y naval", Libro I, Cap. XIII, n.º 12 y n.º 23, pp. 318 y 320, respectivamente.

783) J. DE HEVIA BOLAÑOS "Laberintho de comercio terrestre y naval", Libro I, Cap. XIII, n.º 6, p. 317.

acreedor una cosa diferente de la que prometió. De aquí que, si la compraventa es específica y el vendedor entrega otra cosa, o si es genérica y el vendedor entrega cosa que no pertenece al género convenido, el comprador pueda rehusarla (785). Sentada esta regla, comienza Pardessus a desarrollar su concreto funcionamiento en cada uno de esos modelos de compraventa.

a) En la compraventa de un "cuerpo cierto" o de "porciones de cosas a tomar de objetos determinados", el comprador suele verificar la calidad de la mercancía cuando concluye el contrato. En el momento de la entrega, el comprador puede rehusarla, si resulta ser de otra calidad. Pero, si recibe la mercancía sin reclamar, se presume que está satisfecho con su calidad, con la excepción de los posibles vicios redhibitorios (786).

784) Sobre la influencia que este autor ejerció en la formación del CCO de 1829, son oportunas las siguientes palabras de DURAN Y BAS, actualizador de la obra de Martí de Eixala: "Nuestro Código [de comercio de 1829] parece haber sido formado con el solo auxilio del francés y del Curso de derecho comercial de Pardessus" [MARTÍ DE EIXALA "Instituciones del Derecho mercantil de España, notablemente adicionada y puesta al corriente de la legislación y jurisprudencia por D. Manuel DURAN y BAS", 7.ª ed., (1875), p. 119. Hemos de advertir que esa afirmación de DURAN y BAS aparece también en la RGLJ, n.º 28, (1866), "Fuentes del derecho mercantil español.- Juicio crítico de nuestro Código de Comercio", p. 301, trabajo que es el último de una serie de tres, que DURAN y BAS hizo sobre la materia del Derecho mercantil; los dos primeros se titulan "Naturaleza del fenómeno del comercio con relación al derecho", y "Carácter del derecho mercantil", ambos en RGLJ, n.º 27, (1865), pp. 285-300 y 305-314, respectivamente; estos tres estudios están reproducidos, con muy escasas modificaciones, en la obra de Martí de Eixala, en sus pp. 2-19, 63-74, y pp. 108-122].

785) J.M. PARDESSUS, "Cours de droit commercial", tome second, 5ème éd., (1841), n.º 282, p. 34.

786) J.M. PARDESSUS, "Cours de droit commercial", tome second, 5ème éd., (1841), n.º 282, pp. 34-35.

No obstante lo anterior --advierte Pardessus-- puede suceder que el comprador se haya equivocado por la apariencia de la mercancía y que este error se manifieste tras la entrega. Su relevancia depende de distintas circunstancias. En principio, la manera en que se conoció la calidad de la mercancía, y los usos pueden "servir de guía". Por ejemplo, la compra se hizo sobre muestras y el comprador no compara éstas con las vendidas; o el comprador toma las muestras de sacos o barriles, y en la entrega descubre que en el fondo o en el interior de aquéllos la mercancía es de calidad inferior a la muestra, o de naturaleza diferente. Pardessus precisa al respecto que el comprador no puede anular la compraventa alegando error sobre la cosa, pues a él debe imputársele el haber realizado la compraventa "con precipitación y sin una atención bastante escrupulosa" (787).

La excepción a la regla anterior se produce, continúa diciéndonos Pardessus, cuando el vendedor ha contribuido con un hecho o con un silencio reprehensible a que el comprador se engañase (788); también si los términos de la convención o lo usos se oponen a ella (789).

b) En la compraventa genérica Pardessus diferencia dos casos. El primero es aquél en el cual el contrato se limita a señalar el género. Aquí, el comprador no puede exigir que le sean

787) J.M. PARDESSUS, "Cours de droit commercial", tome second, 5ème éd., (1841), n.º 282, pp. 35-36.

788) Recuérdese a J. de Hevia Bolaños, *supra*, n.ºm. 165.

789) J.M. PARDESSUS, "Cours de droit commercial", tome second, 5ème éd., (1841), n.º 282, p. 36.

entregadas cosas de primera calidad, pero tampoco el vendedor puede ofrecerlas de la peor (790). El segundo, es aquél en el que una cláusula contractual precisa la calidad, o bien hay una muestra: la cosa entregada debe ser "escrupulosamente" conforme a ellas (791).

En el momento de la llegada de la mercancía, el comprador debe indicar su rechazo, así como sus motivos. Además, debe hacer constatar el estado de las mercancías por expertos nombrados por el presidente del tribunal de comercio, o por el juez de paz, en el momento de la llegada, o en el "más breve plazo" (792). Pardessus afirma que el comprador tendrá bastantes inconvenientes si se contenta con escribir al vendedor, porque nada probará que aquél "era el estado verdadero de las mercancías, a su llegada" (793).

De todas formas, las circunstancias pueden ayudar a determinar si el comprador aún puede realizar su reclamación. Si el comprador tiene la mercancía durante cierto tiempo y no reclama, puede pensarse que el defecto que alega procede de "su hecho, o de hecho de sus subordinados". En cambio, si una parte de la mercancía continúa en los almacenes del vendedor, es po-

790) J.M. PARDESSUS, "Cours de droit civil", tome second, 5ème éd., (1841), n.º 282, p. 36.

791) J.M. PARDESSUS, "Cours de droit commercial", tome second, 5ème éd., (1841), n.º 282, pp. 36-37.

792) En el margen, PARDESSUS cita al art. 106 CCO francés, situado en el contrato de transporte, el cual regula entre otras cosas el procedimiento para determinar el estado de las mercancías cuando han sido objeto de transporte.

793) J.M. PARDESSUS, "Cours de droit commercial", tome second, 5ème éd., (1841), n.º 282, pp. 37-38.

sible una comparación y el silencio del comprador no supone "ni una aprobación para lo pasado, ni una renuncia a sus derechos para el futuro" (794).

[168].- Pardessus dedica un apartado especial a la compraventa celebrada por correspondencia, en la que media un transporte (795). Al respecto, señala que la salida de las mercancías del establecimiento del vendedor implica su individualización y la asunción por parte del comprador de los riesgos del viaje, pero esto no impide el que dicho comprador pueda reclamar por la "calidad" de la cosa remitida (796).

De esta manera, continúa diciéndonos Pardessus, si el comprador lleva a cabo las formalidades precisas para constatar el estado y calidad de las mercancías (797), corresponde al vendedor probar "que él ha confiado la cosa al transportista, en el estado y con la calidad convenidas". Si así lo prueba, las alteraciones de las mercancías se reputan provinientes "de hecho" del transportista, y el comprador soportará tales consecuencias por viajar las mercancías a su riesgo, a salvo sus derechos contra dicho transportista (798).

794) J.M. PARDESSUS, "Cours de droit commercial", tome second, 5ème éd., (1841), n.º 282, pp. 38-39.

795) J.M. PARDESSUS, "Cours de droit commercial", tome second, 5ème éd., (1841), n.º 283, pp. 39-41.

796) J.M. PARDESSUS, "Cours de droit commercial", tome second, 5ème éd., (1841), n.º 283, p. 39.

797) No dice Pardessus en qué consisten dichas formalidades, pero entendemos que se refiere a las del art. 106 CCO francés (cfr. supra, nota n.º 792).

798) J.M. PARDESSUS, "Cours de droit commercial", tome second, 5ème éd., (1841), n.º 283, p. 39.

Idéntica regla opera cuando perece en ruta la casi totalidad de las mercancías, y por las que quedan puede constatarse que no eran de la calidad convenida. En el caso de que se enviaran muestras separadamente y bajo sello y se probase que éstas no tiene la calidad convenida, "la pérdida sería para el vendedor, puesto que se presume no haber enviado la cosa prometida". En cambio, si perece la totalidad de las mercancías, se presume, salvo prueba en contrario, que aquéllas eran de la calidad convenida y la pérdida es de cuenta del comprador (799).

Pero las anteriores reglas son modificadas --nos dice Pardeessus-- cuando las mercancías viajan a riesgo del vendedor. En este caso, la alteración de la mercancía por el transporte es de cargo de aquél, y por el solo hecho de que tenga lugar, "se reputa que no ha entregado lo que ha prometido". Ahora bien, la reclamación del comprador debe ser rápida, puesto que el vendedor no tiene la posesión material de la mercancía, ni el medio de inspeccionar y velar de que no se haya hecho cambio alguno. Sería injusto prolongar la responsabilidad del vendedor más allá de los límites de la naturaleza de las cosas. De esta forma, el silencio del comprador durante un tiempo suficiente supone una aceptación tácita de las cosas en el estado en que éstas se encontrasen (800).

799) J.M. PARDESSUS, "Cours de droit commercial", tome second, 5ème éd., (1841), n.º 283, pp. 39-40.

800) J.M. PARDESSUS, "Cours de droit commercial", tome second, 5ème éd., (1841), n.º 283, p. 40.

[169].- Finalmente, Pardessus trata de la garantía por vicios redhibitorios, acerca de la cual aclara que no debe ser confundida con los problemas anteriormente expuestos sobre la calidad (801). En este apartado desarrolla las reglas del Código civil francés sobre dicha garantía (arts. 1641 y ss), y menciona las especialidades contenidas en la ley 20 de mayo de 1838 para las compraventas de animales (802).

Con relación a nuestra investigación, hemos de aludir al fundamento que según Pardessus justifica el que el vendedor no pueda oponerse a la demanda del comprador, incluso aunque sea de buena fe e ignorase la existencia del vicio. Según aquél, en la garantía por vicios "no se trata de una rescisión por causa de dolo, sino una rescisión por causa de error" (803).

5.4. Las Ordenanzas de Bilbao de 1737: Compraventa sobre muestras y sin ellas; no existencia de fraude; fraude del vendedor y fraude del comprador.

[170].- De las Ordenanzas de Bilbao nos interesan ciertos números del capítulo XI, titulado, "De las contratas de comercio que se hicieren entre mercaderes, y sus calidades" (804). Este

801) J.M. PARDESSUS, "Cours de droit commercial", tome second, 5ème éd., (1841), n.º 284, p. 41.

802) J.M. PARDESSUS, "Cours de droit commercial", tome second, 5ème éd., (1841), n.º 284, pp. 41-46.

803) J.M. PARDESSUS, "Cours de droit commercial", tome second, 5ème éd., (1841), n.º 284, pp. 45-46.

También hemos de señalar que Pardessus afirma que, ante los vicios ocultos, el comprador puede acudir al procedimiento previsto en el art. 106 CCO (op. cit., n.º 284; p. 45).

804) Consultamos: "Ordenanzas de la ilustre universidad, y casa de contratación de la M.N. y M.L. villa de Bilbao, (insertos sus reales privilegios) aprobadas, y confirmadas por el rey nuestro señor D. Phelipe quinto (que Dios guarde), año de

capítulo, no obstante encontrarse dedicado a los contratos en general, alude fundamentalmente al de compraventa.

El n.º I de dicho capítulo señala que todo contrato celebrado entre dos o más comerciantes debe ejecutarse, "segun las calidades y circunstancias del ajuste", salvo que las partes, de común acuerdo, dispongan otra cosa (805).

Los n.º VIII y IX precisan la manera a través de la cual se determina la existencia de una diferencia de calidad entre la mercancía acordada y la entregada. Ambos números parten de que en la compraventa ha mediado un transporte, ya por tierra, ya por mar, y tienen respectivamente presente si el negocio se celebró con muestras, o sin ellas.

Si la compraventa fue sobre muestras, el n.º VIII dice que el vendedor está obligado a entregar géneros "de la misma calidad de las muestras". Para el caso en que haya "diferencia", se estará a lo que resulte de cotejar los géneros con las muestras, de las cuales una tendrá el vendedor, otra el comprador, y, si hubiere corredor, éste también tendrá otra. Se entiende que los géneros deben ser de las "calidades y condiciones" de dos de esas tres muestras (806).

1737", Reimpresas con superior permiso, en Madrid, en la oficina de D. Antonio Fernández, año de 1775, a costa de la misma Universidad, y Casa de contratación.

805) Núm. I, Cap. XI: "Que todas las ventas, compras, ajustes, ó contratas que se estipularen entre dos, ò mas Comerciantes, al contado, à plazo, trueque ù de otra cualquier manera, se efectuen, y cumplan, segun las calidades, y circunstancias del ajuste, à menos, que de comun convenio de los Contratantes se varíe en parte, ó disuelva en todo lo contratado".

806) Núm. VIII, Cap. XI: "Siempre que se negociaren sobre muestras, generos que deban venir por Mar, ó Tierra, estará el vendedor obligado à la entrega de los efectos, dentro del tiempo en que se huviere convenido, de la misma calidad de las muestras, que tendrán, una el comprador, otra el vendedor, y el co-

Si la compraventa se celebró sin muestras, y existe "diferencia" en "su calidad y circunstancias", en el momento de la entrega, el n.º IX precisa que debe estarse a lo señalado en el contrato. Pero, si el comprador "insistiere" acerca de la diferencia, se estará "à la declaracion de peritos", que nombraran las partes, "y en caso de quererlo hacer estas, lo haràn el Prior, y Consules de oficio" (807).

Constatada la diferencia de calidad en la mercancía entregada, los n.º X y XI del cap. XI determinan las consecuencias jurídicas que ese hecho desencadena. Son distintas, según la diferencia fuera imputable o no, a alguno de los contratantes.

Si la diferencia de calidad no procede "de fraude del comprador, ò vendedor, quedará disuelta la negociacion", dando lugar a las oportunas restituciones, según dispone el n.º X (808).

rredor (si le huviere) otra; para que en caso de diferencia, se esté à lo que resultare del cotejo que de ellas se haga; entendiendose, deberán ser lo generos contratados, de las calidades, y condiciones en que convengan dos de las referidas tres muestras".

807) Núm. IX, Cap. XI: "Quando se hiciere negocio sin muestras, de algunos generos a venir por Mar, ò Tierra, y huviere diferencia al tiempo de la entrega sobre su calidad, y circunstancias; se estará à las que contenga la contrata de su razon; y si todavia insistiere el comprador, en que no son los generos de la calidad contratada, se deberá estar à la declaracion de peritos, que se nombraràn para el reconocimiento por las partes, y en caso de quererlo hacer estas, lo haràn el Prior, y Consules de oficio".

808) Núm. X, Cap. XI: "Todas las veces que se negociare sin muestras, ò con ellas, tambien sobre generos à venir por Mar, ò Tierra, si al tiempo de entregarlos, ò despues de haverlos recibido, se reconociere no corresponder en calidad, ò cantidad à lo estipulado en materia substancial, y este defecto no proviniere de fraude del comprador, ò vendedor, quedará disuelta la negociacion, como si no se huviere celebrado; y bolviendosele los generos al vendedor, estará éste obligado à restituir al comprador el dinero, ò generos que huviere recibido de èl, para en pago del todo, ò parte de dichos efectos negociados".

Si la diferencia de calidad procede "de fraude del vendedor", éste tiene que cumplir el contrato, además de "indemnizar al comprador de todos los daños, y perjuicios". En cambio, si es el comprador el que realiza el fraude tras recibir los géneros, éste es quien deberá cumplir el contrato. Sin perjuicio de esto, cuando el fraude sea supuesto de delito, "serán castigados [vendedor o comprador], según su gravedad, al arbitrio judicial". Todo esto por disposición expresa del n.º XI de ese capítulo XI de las Ordenanzas de Bilbao (809).

6. El Código de comercio de 1829 y la doctrina mercantil que lo interpreta. Irrelevancia del carácter genérico o específico de la compraventa.

[171].- Aunque el Código de comercio de 1829 es un antecedente histórico del vigente, y por tanto, su estudio entraría dentro del planteamiento histórico del problema de las anomalías cualitativas (apartado anterior; el n.º 5), consideramos que su especial condición justifica un tratamiento aparte.

Las notas que caracterizan a la doctrina del XIX que interpreta el CCO de 1829 son las tres siguientes.

809) Núm. XI, Cap. XI: "Pero si se reconociere que la diferencia en la calidad, ó cantidad de los generos contratados en la forma arriba dicha, resulta de fraude del vendedor, estará éste obligado à cumplir el ajuste, según sus circunstancias, y à indemnizar al comprador de todos los daños, y perjuicios, así como si se hallase que el fraude le cometió el comprador despues que recibió los generos, deberá cumplir con aquello à que se obligó en la contrata, ó ajuste, y uno, y otro, en caso de delito, serán castigados, según su gravedad, al arbitrio judicial".

a) Sobre este aspecto de las anomalías cualitativas de la cosa vendida, se muestra parca. Los trabajos a los que hemos tenido acceso son, bien obras en las que se expone con carácter general toda la materia de Derecho mercantil, bien comentarios escuetos del Código de comercio.

b) Encontramos una clara conexión de esta doctrina, tanto con el propio CCO de 1885, cuanto con las cuestiones que en la interpretación del mismo hoy se plantea los autores. Las resaltamos más adelante (810).

c) Por fin, los intérpretes del Código de comercio de 1829 tampoco dan relevancia a si se celebró una compraventa específica o genérica. Los autores desarrollan su exposición sin precisar en ningún momento el carácter específico o genérico de la obligación de entrega del vendedor.

6.1. Los vicios aparentes: el art. 370.I CCO 1829 y la doctrina mercantil.

[172].- El art. 370.I CCO 1829 contempla a los vicios aparentes y distingue el que los "géneros" se entreguen "por número, peso ó medida", o "en fardos ó bajo cubiertas que impidan visitarlos y reconocerlos".

En el primer caso, si el comprador examina los géneros, encontrándolos "á su contento", no puede después ser "oido sobre vicio ó defecto en su calidad" (811). Por contra, en el ca-

810) Así, por ejemplo, infra, el n.ºm. 182.

811) Este artículo fue aplicado por la sentencia de 10 de diciembre de 1888 (CL n.º 189), que resolvió sobre una compraventa de cuarenta bocoyes de alcohol, los cuales no pagó el comprador. Ante la alegación de éste, de que el art. 370 CCO 1829 había sido infringido, el considerando n.º 4 de la sentencia afirma: "La Sala sentenciadora, lejos de infringir,

so segundo, el comprador puede "reclamar cualquier perjuicio que haya sufrido (...) por vicio en la calidad", en los ocho días siguientes a la entrega, y siempre que pruebe que dichos defectos "son de tal especie que no han podido ocurrir en su almacén por caso fortuito, ni causarse fraudulentamente á los géneros sin que se conociera" (812).

Este artículo, que algún autor pone como ejemplo de la falta de claridad de redacción del CCO de 1829 (813), planteó a

aplica rectamente el art. 370 del anterior Código de Comercio, citado en el motivo 11, porque según ese artículo, después de recibidos por el comprador los géneros que le fueron vendidos, no será oído sobre vicio ó defecto en su calidad, siempre que al tiempo de recibirlos los hubiese examinado á su contento, como en este caso sucedió, y así lo estima probado la misma Sala, sin que su apreciación en este punto haya sido impugnada en legal forma".

812) Art. 370.I CCO 1829: "Después de recibidos por el comprador los géneros que le fueron vendidos, no será oído sobre vicio ó defecto en su calidad, ni sobre falta en la cantidad, siempre que al tiempo de recibirlos los hubiese examinado á su contento, y se le hubiesen entregado por número, peso ó medida; pero cuando los géneros se entregaren en fardos ó bajo cubiertas que impidan visitarlos y reconocerlos, podrá el comprador, en los ocho días siguientes á su entrega, reclamar cualquiera perjuicio que haya sufrido, tanto por falta en la cantidad como por vicio en la calidad, acreditando en el primer caso que los cabos están intactos, y en el segundo que las averías ó defectos que reclamaren son de tal especie que no han podido ocurrir en su almacén por caso fortuito, ni causarse fraudulentamente á los géneros sin que se conociera".

El art. 370.II CCO 1829 señala que el vendedor puede exigir en el acto de la entrega que los géneros se reconozcan y si así ocurre, no puede después haber lugar a la reclamación del art. 370.I CCO 1829. Este art. 370.II CCO 1829 está transcrito infra, en nota n.º 971.

813) DURAN Y BAS afirma: "Redundante es en varios la redacción [la del CCO de 1829], lo que la hace confusa y difícil de comprender, como en los artículos 53, 104, 135, 370 y otros, en los cuales es necesario descomponer cada artículo en varias partes, para la inteligencia de los distintos casos que abraza cada uno" [MARTI DE EIXALA "Instituciones del derecho mercantil de España, notablemente adicionada y puesta al corriente de la legislación y jurisprudencia por M. DURAN Y BAS", 7.ª ed., (1875), p. 121; también en RGLJ, n.º 28, (1866), p. 303, al respecto recuérdese supra, la nota n.º 784].

un importante sector doctrinal del momento el problema, de si el mismo tenía por función limitar la reclamación del comprador a la indemnización que fuera oportuna, o si, pese a no encontrarse expresamente contemplado en la letra del mismo, el comprador podía, además, optar por deshacer ("rescindir") el contrato (814).

Dicho sector doctrinal, si bien se decantó a favor de la segunda posibilidad, no es coincidente en las razones. Así, Martí de Eixala tiene en cuenta, si los vicios hacen o no a la mercancía inútil en relación con las finalidades que con ella el comprador esperaba alcanzar. Sólo en el caso en que la hagan inútil, el comprador puede rescindir la compraventa y pedir indemnización; en otro caso, únicamente podrá contar con la pertinente indemnización (815).

González Huebra, en cambio, entiende que el comprador puede rescindir el contrato celebrado, porque dicha posibilidad está "virtualmente" comprendida en el art. 370 CCO 1829; además de que sería contrario al interés del comercio el obligar al

814) Hemos de advertir que otros autores, en cambio, no llegan a plantearse la presente cuestión. De hecho, se limitan a reproducir el texto del art. 370 CCO 1829; señalan que el comprador puede reclamar, y no entran en mayores dificultades. Así: S. DEL VISO "Lecciones elementales de historia, y del derecho civil, mercantil y penal de España. Parte tercera. Del derecho mercantil", 2.ª ed., (1864), p. 291; GOMEZ DE LA SERNA/REUS Y GARCIA "Código de comercio", 7.ª ed., (1878), p. 169, n.º 1.

815) MARTI DE EIXALA "Instituciones del derecho mercantil de España, notablemente adicionada y puesta al corriente de la legislación y jurisprudencia por M. DURAN Y BAS", 7.ª ed., (1875), pp. 189-190.

comprador a recibir los géneros y que tuviere que pedir indemnización por los daños que ello conlleva. Es posible que aquéllos no sirvan al comprador para el fin a que pensaba destinarlos, siendo por ello "más acertado que el comprador elija, si le acomoda, la rescisión, que no la indemnización de unos perjuicios tal vez difíciles de calcular" (816). Más adelante este mismo autor insiste en su opinión, contemplando expresamente el caso en el que el vendedor actúe con culpa (817).

6.2. Los vicios ocultos: el art. 371 CCO 1829 y la doctrina mercantil.

[173].- El art. 371 CCO 1829 señala que de los "vicios internos" --aquéllos que no pudieron ser constatados en el examen de la mercancía realizado en el momento de la entrega-- responde el vendedor durante el tiempo de "seis meses, siguientes á aquella" (818). No especifica, en cambio, cuáles son las acciones de que dispone el comprador para hacer efectiva esa responsabilidad; parece darlas por supuestas.

Esta laguna legal da lugar a que la doctrina mercantil se plantee la cuestión de su identificación. He aquí las soluciones que adopta:

816) GONZALEZ HUEBRA "Curso de derecho mercantil", tomo I, 3.^a ed., (1867), p. 254, en asterisco.

817) GONZALEZ HUEBRA "Curso de Derecho mercantil", tomo I, 3.^a ed., (1867), p. 255.

818) Art. 371 CCO 1829: "Las resultas de los vicios internos de la cosa vendida que no pudieren apercibirse por el reconocimiento que se haga al tiempo de la entrega, recaerán en el vendedor durante los seis meses siguientes á aquella, pasados los cuales queda libre de toda responsabilidad".

a) Una serie de autores acude a la ayuda del Derecho común. En éste, cuando la cosa adolece de un vicio redhibitorio, el comprador puede optar entre la acción redhibitoria, que permite deshacer el contrato, o la estimatoria, que conduce a la reducción y ajuste del precio pactado (819). De esta misma opción dispone el comprador que celebró una compraventa mercantil (cfr. art. 359 CCO 1829), puesto que en este concreto aspecto, el de las acciones, el Derecho mercantil no contiene especialidad alguna frente al común (820).

Las dos únicas especialidades del Derecho mercantil en este punto, se manifiestan, según los presentes autores, en la materia de plazos.

La primera es el plazo durante el cual el comprador puede ejercitar la acción redhibitoria o la estimatoria. Hemos de indicar, dado que lógicamente estos autores lo dan por sabido, que en ese momento, de acuerdo al Derecho común, la acción redhibitoria duraba seis meses, mientras que la estimatoria un año (821). Frente a este régimen, el art. 371 CCO 1829 signifi-

819) Supra, n.ºm. 83.

820) A. BACARDI "Tratado del Derecho mercantil de España", tomo I, (1840), pp. 154-156; S. DEL VISO "Lecciones elementales de historia, y de derecho civil, mercantil y penal de España. Parte tercera. Del derecho mercantil", 2.ª ed., (1864), p. 287; GOMEZ DE LA SERNA/REUS Y GARCIA "Código de comercio", 7.ª ed., (1878), p. 169, nota n.º 2; ESTASEN "Instituciones de Derecho mercantil", tomo III, (1892), p. 209.

Ninguno de estos autores ofrece explicación alguna del porqué de la diferente terminología del Derecho común, vicio redhibitorio, y del Derecho mercantil, "vicio interno".

821) B. GUTIERREZ FERNANDEZ "Códigos o Estudios fundamentales-IV", pp. 357-359; P. GOMEZ DE LA SERNA/J.M. MONTALBAN "Elementos del derecho civil-II", p. 264; S. DEL VISO "Lecciones elementales-III", pp. 213-214; F. SANCHEZ ROMAN "Estudios del Derecho civil-IV", p. 569.

ca la ruptura de la dualidad de plazos para el Derecho mercantil y la imposición a ambas acciones de un plazo común de seis meses (822).

La segunda especialidad, en opinión de este sector de la doctrina, se refiere al momento a partir del cual comienza el cómputo de esos seis meses. También aquí hemos de recordar la regla que en ese momento opera en el Derecho común, puesto que, al igual que antes, tales autores la dan por conocida. En el Derecho común, el final de la P. 5.5.65 señala, que el cómputo de las acciones edilicias se inicia el día en que se hizo la venta (823). En su glosa n.º 11, Gregorio López precisa que tal expresión hay que entenderla en el sentido de que se trata del día en que el comprador descubre el defecto. La mayor parte de la doctrina civil del XIX se muestra conforme con esa opinión (824), aunque algún autor --como es el caso de Sánchez Roman-- entienda que el inicio del cómputo es el día de la "consumación del contrato" (825). Frente al Derecho común, el art. 371 CCO

822) A. BACARDI "Tratado del derecho mercantil de España", tomo I, (1840), pp. 154-155; S. DEL VISO "Lecciones elementales de historia, y de derecho civil, mercantil y penal de España. Parte tercera. Del Derecho mercantil", 2.ª ed., (1864), pp. 287-288.

Nótese como este plazo uniforme de seis meses fue el que posteriormente recogió el art. 1490 CC; el vigente CCO 1885 ha reducido a treinta días el anterior plazo de seis meses.

823) Cfr., supra, nota n.º 356.

824) Cfr., supra, nota n.º 364

825) F. SANCHEZ ROMAN afirma que ésta, la de la "consumación del contrato", es "la opinión que parece más general y justa" ["Estudios de derecho civil-IV", p. 569].

Interpretando literalmente la expresión, "consumación del contrato", ésta significa que el inicio del cómputo es el momento en que, tanto la prestación del vendedor como la del comprador, han sido cumplidas. No obstante esto, no creemos que éste sea el pensamiento de dicho autor. A nuestro parecer "consumación del contrato" significa ejecución de la prestación de

1829 evita estas polémicas en el campo del Derecho mercantil, pues establece la especialidad de fijar el inicio del cómputo del plazo de ejercicio de las acciones edilicias en el momento de la entrega de la cosa (826).

Ambas especialidades mercantiles parecen justificarse -- así lo deja entrever, más o menos, A. Bacardi-- en la idea de dar mayor seguridad a las transacciones mercantiles (827).

b) Otros autores --es el caso de Martí de Eixala y de González Huebra-- resuelven la cuestión de las acciones de que dispone un comprador por la entrega de una cosa con "vicios internos", sólo con el texto del CCO de 1829. Sin embargo, llegan a soluciones en cierta medida divergentes.

En este sentido, Martí de Eixala aplica a los vicios "internos" (art. 371 CCO 1829) la opinión que sostiene a propósito de los vicios "externos" (art. 370 CCO 1829). Esto es, si el vicio interno hace a la mercancía inútil para sus expectativas, el comprador puede, además de pedir indemnización, rescindir el contrato. Pero si el vicio no hace inútil a la mercancía, el

entrega del vendedor.

S. DEL VISO valora positivamente la solución del art. 1412 PCC 1851, que precisa como inicio del cómputo del plazo de las acciones edilicias el de la entrega de la cosa ["Lecciones elementales-III", p. 213].

Cfr., supra, nota n.º 364.

826) A. BACARDI "Tratado del derecho mercantil de España", tomo I, (1840), p. 155; GOMEZ DE LA SERNA/REUS Y GARCIA "Código de comercio", 7.ª ed., (1878), p. 169, nota n.º 2; ESTASEN "Instituciones de Derecho mercantil", tomo III, (1892), p. 209.

827) A. BACARDI "Tratado del derecho mercantil de España", tomo I, (1840), p. 155.

comprador tan sólo puede pedir la indemnización que proceda (828).

E igualmente González Huebra extiende a los vicios "internos" la solución que defiende para los "externos". Esta consiste, recordémoslo también, en que el comprador puede con carácter alternativo rescindir el contrato o pedir indemnización por los daños sufridos (829). Asimismo, González Huebra destaca las especialidades mercantiles del CCO de 1829: la de que el plazo de ejercicio de las acciones sea de seis meses y que se compute desde la entrega, y --lógicamente para este autor-- la de que la opción del Derecho común entre la acción redhibitoria y la estimatoria sea sustituida en el Derecho mercantil por otra, que se da entre la acción estimatoria o la acción de indemnización (830).

Concluamos con una observación sobre las corrientes doctrinales expuestas. La mayor parte de los autores defensores de la idea de colmar la laguna del art. 371 CCO 1829 acudiendo al Derecho común son cultivadores de éste (Gómez de la Serna y S. del Viso). En cambio, los defensores de la otra idea, de integrar esa laguna sólo con el CCO de 1829, son, más bien, especialistas del Derecho mercantil (Martí de Eixala y González Huebra).

828) MARTI DE EIXALA "Instituciones del derecho mercantil de España, notablemente adicionada y puesta al corriente de la legislación y jurisprudencia por M. DURAN Y BAS", 7.ª ed., (1875), p. 190.

829) GONZALEZ HUEBRA "Curso de derecho mercantil", tomo I, 3.ª ed., p. 254, nota en asterisco, y p. 255; véase también la p. 249.

830) GONZALEZ HUEBRA "Curso de derecho mercantil", tomo I, 3.ª ed., p. 249, nota n.º 2.

7. Los arts. 336 y 342 del actual Código de comercio y la continuada y general irrelevancia del carácter genérico o específico de la compraventa.

[174].- Los arts. 336 y 342 CCO suscitan toda una serie de cuestiones interpretativas que de inmediato pasamos a exponer.

7.1. Supuestos de hecho y consecuencias jurídicas de los arts. 336.I, II y III, y 342 CCO. El art. 345 CCO. Esquema a seguir en su exposición.

[175].- El párrafo primero del art. 336 CCO dice que si, en el momento de la entrega, el comprador examina, "a su contento", las mercancías, después no podrá reclamar por "vicio o defecto de cantidad o calidad". El párrafo segundo del mismo artículo aclara que, cuando las mercancías van "enfardadas o embaladas", el comprador puede reclamar por "defecto en la cantidad o calidad (...) dentro de los cuatro días siguientes al de su recibo", a excepción de que tales defectos procedan de "caso fortuito, vicio propio de la cosa o fraude" (831). Finalmente, su tercer párrafo determina que el comprador puede optar entre rescindir el contrato o pedir su cumplimiento, "siempre con la indemnización de los perjuicios" (832).

831) Desde el punto de vista técnico, A. CABANILLAS SANCHEZ califica el examen de las mercancías y la denuncia del defecto, de cargas legales. Su fundamento está en "los principios de diligencia y autorresponsabilidad" ["Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil", (1988), pp. 224-225 y 229-233; véanse también las pp. 323-324 y 363-365 en donde habla de esas cargas como cargas "negociables"]. Por contra J. GARRIGUES habla de una "obligación de examen a cargo del comprador" frente al derecho del vendedor de exigir aquél [art. 336.IV CCO; "Curso de derecho mercantil", tomo II, (1940), p. 142].

832) Art. 336.I, II y III CCO: "El comprador que al tiempo de recibir las mercaderías las examinare a su contento, no tendrá

El art. 342 CCO señala que el comprador no podrá reclamar

acción para repetir contra el vendedor alegando vicio o defecto de cantidad o calidad en las mercaderías.

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

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

Son equivalentes a este art. 336.I, II y III CCO los siguientes artículos:

- Art. 110 del proyecto de CCO de 1837: "Después de recibidos por el comprador los géneros que le fueron vendidos, no será oído sobre vicio ó defecto en su calidad ó cantidad, si al tiempo de recibirlos los hubiere examinado á su contento, y se le hubiesen entregado por número, peso ó medida; pero si se le hubieren entregado en fardos, ó de modo que no pueda reconocerlos, podrá el comprador dentro de un corto termino reclamar cualquier perjuicio que haya sufrido en la cantidad ó en la calidad, acreditando en el primer caso que los cabos están intactos, y en el segundo que las averías que reclama no pudieron ocurrir en su almacén, ni causarse fraudulentamente sin que se conociera".

- Art. 105 del proyecto de CCO de 1838: "Después de recibidos por el comprador los géneros no será oído sobre vicio ó defecto en su calidad ó cantidad, si al tiempo de tomarlos los hubiese examinado á su contento, y sídole [sic] entregados por número, peso ó medida; pero si se le hubieran dado en fardos ó de modo que no pueda reconocerlos, podrá el comprador en los ocho días siguientes á su entrega reclamar cualquier perjuicio que haya sufrido en la cantidad ó en la calidad, acreditando en el primer caso que los cabos están intactos, y en el segundo que las averías que reclama no pudieron ocurrir en su almacén, ni causarse fraudulentamente sin que se conociera".

- Art. 349.I, II y III del proyecto de CCO de 1875: "El comprador que al tiempo de recibir las mercaderías las examina-re á su contento, no tendrá acción para repetir contra el vendedor alegando vicio ó defecto de cantidad ó calidad en las mercaderías.

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

En estos casos podrá el comprador optar por la rescisión del contrato ó por su cumplimiento, con arreglo á lo convenido, con la indemnización en uno y otro de los perjuicios que se le hubieren causado por los defectos ó faltas" [los artículos de estos proyectos los hemos tomado del trabajo de MOTOS GUIRAU/BLANCO, CAMPAÑA "Proceso histórico de formación del código de comercio", en "Centenario del Código de comercio", vol. II,

al vendedor por los "vicios internos" de la cosa, si han transcurrido los treinta días siguientes a la entrega (833).

En cuanto al art. 345 CCO, que habla de la "evicción y saneamiento en favor del comprador", entendemos que no piensa en los posibles vicios de las mercancías, sino tan sólo en su posible evicción (834).

(1991)].

833) Art. 342 CCO: "El comprador que no haya hecho reclamación alguna fundada en los vicios internos de la cosa vendida, dentro de los treinta días siguientes a su entrega, perderá toda acción y derecho a repetir por esta causa contra el vendedor".

No hay equivalente a este art. 342 CCO en los Proyectos de CCO de 1837 y 1838. En cuanto al Proyecto de CCO de 1875, dice su art. 355: "El comprador que no haya hecho reclamación alguna, fundada en los vicios internos de la cosa vendida, dentro de los treinta días siguientes á su entrega, perderá toda acción y derecho á repetir por esta causa contra el vendedor" [este texto también lo hemos tomado de MOTOS GUIRAU/BLANCO CAMPANA "Proceso histórico de formación del código de comercio" en "Centenario del Código de comercio", vol. II, (1991)].

834) Al comentar el art. 345 CCO ("En toda venta mercantil el vendedor quedará obligado a la evicción y saneamiento en favor del comprador, salvo pacto en contrario") algunos autores consideran que alude los casos de evicción y vicios en la cosa. Aunque su terminología no sea del todo correcta, dicho art. 345 CCO vendría a desempeñar en el CCO de 1885 la misma función que el art. 1474 realiza en el CC ("En virtud del saneamiento a que se refiere el artículo 1461, el vendedor responderá al comprador: 1. De la posesión legal y pacífica de la cosa vendida. 2. De los vicios o defectos ocultos que tuviere"). Se trataría, en suma, de una norma descriptiva de las obligaciones del vendedor, además de destacar el carácter dispositivo de la normativa [entre otros: GAY DE MONTELLA "Código de comercio español comentado. (Legislación, Jurisprudencia y Derecho comparado)", vol. I, 2.ª ed., (1948), p. 211; F. SANCHEZ CALERO en RDM, (1959), p. 449; BROSETA PONS "Manual de derecho mercantil", 9.ª ed., (1991), p. 439; E. SECO CARO "Derecho mercantil" coordinado y dirigido por G.J. Jiménez Sánchez, (1990), pp. 789-790; URÍA "Derecho mercantil", 18.ª ed., (1991), p. 552].

Esta conexión del art. 345 CCO con el saneamiento por vicios ocultos la hemos encontrado en algunos recursos de casación, así como en diversas sentencias del Tribunal Supremo: SS TS de 9 de marzo de 1948, 21 de enero de 1966, 27 de septiembre de 1972, 15 de marzo de 1975, 6 de julio de 1984, 8 de marzo y 6 de abril de 1989.

No estamos de acuerdo con dicha conexión. A nuestro parecer el art. 345 CCO tan sólo se refiere al supuesto de la posi-

ble evicción de la cosa y no piensa en la responsabilidad derivada de los vicios. Creemos que las siguientes razones avalan nuestra afirmación:

a) En primer lugar la procedencia del artículo, el cual se corresponde con el primer párrafo del art. 380 CCO 1829, y es el resultado de haber suprimido en éste las consecuencias a que daba lugar el hecho de la evicción de la cosa (párrafos segundo y tercero).

Además, ese art. 380 CCO 1829 precede a otro, el 381, que también trata de la evicción de la cosa: señala la exigencia de que el comprador cite en juicio a su vendedor, si no quiere perder la garantía por evicción. Este art. 381 CCO 1829 desaparece en el CCO de 1885.

b) La E.M. del CCO de 1885 dice que "han desaparecido las disposiciones que comprende el Código actual acerca del saneamiento, en el caso de que el comprador fuere inquietado en la propiedad y tenencia de la cosa vendida, para que no resulte contradicción con el principio general, consignado en el mismo Proyecto, que declara libre de toda evicción al que comprare una cosa en almacenes o tiendas abiertas al público; respecto de cuyas ventas no tiene aplicación la doctrina del saneamiento" [A. POLO DIEZ "Leyes mercantiles y económicas", tomo I, (1956), p. 61].

Es claro que la E.M. está aludiendo a esos arts. 380 y 381 CCO 1829 y al 85 CCO 1885; también, que asocia la expresión saneamiento con la de evicción.

c) Parece que el CC altera el significado que el término "saneamiento" poseía hasta 1889.

En este sentido señala RODRIGUEZ MORATA, que antes del CC, el "saneamiento" iba referido "única y exclusivamente al deber del vendedor de defender en juicio la legitimidad del derecho vendido" (p. 98). No obstante esto, el PCC 1836 desvirtuó ese significado en cuanto que con él no sólo se refirió a la llamada al proceso en garantía, sino también a las consecuencias derivadas del hecho de la evicción (arts. 1071 y 1072). Este amplio concepto es recogido en los arts. 1397.1, 1400, 1401 y 1403 PCC 1851. Por lo que respecta a la doctrina del XIX, ésta también acoge el susodicho amplio concepto de evicción (Gutiérrez, Falcón, y del Viso), el cual finalmente es el que aparece en el CC ["Venta de cosa ajena y evicción. (Estudio de las reglas del saneamiento por evicción en la compraventa)" pp. 97-103].

Sin entrar en esa discusión terminológica, lo que a nosotros interesa resaltar es que la palabra "saneamiento" es asociada en el XIX a la figura de la evicción, y no a la de los vicios, y de acuerdo a cómo en ese momento se atribuye significado al término "saneamiento" es como debe interpretarse el art. 345 CCO; esto es, ligado a la evicción.

¿Que ha ocurrido? En nuestra opinión lo siguiente. Ya hemos dicho que en el XIX (doctrina y Partidas) sólo utilizan las palabras "saneamiento" o "sanar" a propósito de la evicción, y no para los vicios ocultos [B. GUTIERREZ FERNANDEZ "Códigos ó Estudios fundamentales-IV", pp. 293-312 y 354-363; GOMEZ DE LA SERNA/MONTALBAN "Elementos del derecho civil-II", pp. 258-266; S. DEL VISO "Lecciones elementales. Derecho civil-III", pp.

[176].- De los problemas de interpretación que los arts. 336 y 342 CCO plantean a la doctrina mercantil, interesa a nuestra investigación, sobre todo, la distinción de las categorías, vicio y defecto de calidad aparentes, vicio y defecto de calidad ocultos, y prestación defectuosa ('aliud pro alio'). No obstante esto, sin ser exhaustivos, también mencionamos otros problemas a que dan lugar esos artículos. Así resultarán mejor fundadas nuestras consideraciones.

7.2. Vicio, defecto de calidad y prestación diversa ("aliud pro alio"); carácter aparente y oculto. La aparición en nuestro ordenamiento de esas categorías. Concepto y consecuencias.

[177].- Es en la primera edición del "Curso de derecho mercantil" de Garrigues --esto es en 1940 (⁸³⁵)-- donde brevemente y

209-214 y 221-228; SANCHEZ ROMAN "Derecho civil español-IV", pp. 567-575]. En cambio, el PCC 1836 ya incluyó en la palabra "saneamiento" la responsabilidad por evicción y por vicios ocultos (cfr. arts. 1054, 1071 y 1072); lo mismo hizo el PCC 1851 (cfr. arts. 1383 y 1397), como el APCC 82-88 (arts. 1487 y 1501); y también el CC en sus arts. 1461 y 1474 [cfr. supra, nota n.º 403]. Es decir, la palabra "saneamiento" se desplaza de la evicción y pasa a enunciar la categoría general que comprende la evicción y los vicios ocultos. Este traslado --creemos-- es consecuencia de la influencia del C.c. francés de 1804, cuyo art. 1625 dice que "La garantía que el vendedor debe al adquirente, tiene dos objetos: el primero es la posesión pacífica de la cosa vendida; el segundo, los defectos ocultos de esta cosa o los vicios redhibitorios" (cfr. supra, nota n.º 404). El término "garantía" habría sido sustituido en nuestro CC por el de "saneamiento".

⁸³⁵) En relación al contrato de compraventa podemos asegurar que la obra de J. GARRIGUES es especialmente fecunda. Muchas de sus ideas están presentes tanto en la doctrina cuanto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, unas veces para ser acogidas, y otras, para ser duramente combatidas. Centrándonos en el régimen normal de la compraventa y no en las denominadas compraventas especiales, podemos mencionar entre esas opiniones de J. GARRIGUES, a modo de ejemplo: el carácter mercantil de la "reventa" (pp. 131-132); las acciones por vicios "internos" de las mercancías son las del art. 336.III CCO (pp. 143-144); el plazo de ejercicio de las acciones de los arts. 336 y 342 CCO es el del art. 1490 CC (p. 144), etc. Todas estas ideas ya se

por vez primera encontramos en nuestro ordenamiento la distinción conceptual entre vicio y defecto de calidad (836). Dicho autor extrae tal distinción de la ley: el art. 336 CCO habla de "vicio o defecto de (...) calidad" en las mercancías.

encuentran en la primera edición de su "Curso de derecho mercantil" [(1940), las páginas citadas son de aquí], aunque de forma escueta. Es en una serie de trabajos que a propósito de la compraventa aparecen en la RDM, ["Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil", n.º 78, 79 y 80, años 60 y 61, pp. 257-297, 7-75, 265-317 respectivamente], cuando J. GARRIGUES desarrolla en profundidad las ideas anteriormente expuestas en su "Curso", las cuales después aparecen ampliadas en su "Tratado de derecho mercantil", tomo III, vol. 1., (1963), pp. 230-364.

Otra muestra de la influencia de J. GARRIGUES la pone de manifiesto el que, entre las sentencias extractadas en el apéndice final, en dos ocasiones hemos encontrado que el recurso de casación se apoyaba en su autoridad: SS TS de 16 de diciembre de 1955 y 19 de diciembre de 1984.

Sobre el significado de la figura de Garrigues en el Derecho mercantil puede consultarse el trabajo de GIRON TENA, "Joaquín Garrigues: cincuenta años del derecho mercantil español" en RDM, (1982), n.º 164, pp. 241-253, y, en general, todo este n.º 164 de la RDM, dedicado a Garrigues, con motivo de su fallecimiento.

836) No obstante lo dicho en el texto, realmente la primera mención es obra de BLANCO CONSTANS, quien dice: "sin que deban confundirse estos vicios con la diferencia de cualidad, pues aun cuando en algunos casos las consecuencias jurídicas sean las mismas, la causa determinante es diversa" ["Estudios elementales de derecho mercantil", tomo II, 2.ª ed., (1902), p. 154]. Dada la brevedad de la alusión a la distinción entre vicio y defecto de calidad, hemos arrancado la exposición del texto a partir de J. GARRIGUES.

En cambio, antes del "Curso" de GARRIGUES, no mencionan la presente distinción: ALVAREZ DEL MANZANO/BONILLA/MIÑANA ["Tratado de derecho mercantil español comparado con el extranjero", tomo II, (1916), pp. 25-26]; L. BENITO ["Manual de derecho mercantil", tomo II, 3.ª ed., n.º 1292-1294, pp. 305-306, y n.º 1310, p. 315]; J.M.ª G. DE ECHAVARRI Y VIVANCO ["Comentarios al Código de Comercio, leyes, jurisprudencia y usos mercantiles españoles y a la legislación comercial extranjera", tomo III, 2.ª ed., (1933), pp. 234-235, 267-269 y 277].

El anterior hecho llama nuestra atención, si tenemos en cuenta dos datos: primero, que el CCO es de 1885 y esta primera alusión es de 1940 (837); y segundo, que esos términos, "vicio" o "defecto de calidad", estaban ya en el art. 370 CCO 1829 (838), y en modo alguno la doctrina que lo interpretó dió relevancia a esa distinta terminología (839). Por tanto, parece que hasta la aparición del "Curso" de Garrigues, tales palabras eran consideradas como sinónimas.

De todas formas, el presente autor se limita a señalar que la prestación defectuosa puede consistir en un defecto de calidad (sea ésta la normal al objeto, sea una especialmente pactada), o en un vicio. Además, precisa que el art. 336 CCO "asimila los efectos de la prestación diversa (aliud) y de la prestación viciosa, unificando la triple hipótesis de vicio, defecto de calidad y defecto de cantidad" (840).

[178].- Aparecida en nuestro ordenamiento la distinción, a continuación Sánchez Calero desarrolla, con detalle, en un cono-

837) No se olvide a Blanco Constans en 1902, en nota precedente.

838) Supra nota n.º 812.

839) Así, S. DEL VISO "Lecciones elementales de historia, y de derecho civil, mercantil y penal de España. Parte tercera. Del derecho mercantil", 2.ª ed., Valencia, (1864), pp. 287-288 y 291; MARTI DE EIXALA "Instituciones del derecho mercantil de España, notablemente adicionada y puesta al corriente de la legislación y jurisprudencia por M. DURAN Y BAS", 7.ª ed., (1875), pp. 189-190; GOMEZ DE LA SERNA/REUS Y GARCIA "Código comentado", 7.ª ed., (1878), pp. 168-169, notas n.º 1 y n.º 2.

840) J. GARRIGUES "Curso de derecho mercantil", tomo II, (1940), p. 142.

cido trabajo de 1956, los conceptos de vicio, defecto de calidad y prestación diversa (841).

Este autor diferencia un concepto de vicio "en sentido estricto", y otro, "en sentido amplio".

Según el primero, el vicio es "una imperfección o alteración de la cosa, por la cual se distingue de todas las demás del mismo género, de la misma especie y de la misma calidad". La dificultad estriba en la determinación del criterio que permite distinguirlo del defecto de calidad. Así, puede emplearse el llamado criterio ontológico, que concibe la diferencia de calidad como algo inherente a la mercancía, y el vicio, como una imperfección de aquélla (842). Sin embargo, dicho criterio no ofrece en el fondo una respuesta segura, además de que también puede emplearse un criterio subjetivo: la voluntad de las partes puede transformar un vicio en un defecto de calidad (843).

El concepto de vicio "en sentido amplio" abarca no sólo las imperfecciones de la cosa, "sino también la falta de deter-

841) F. SANCHEZ CALERO "Los vicios y el ejercicio de las acciones que de ellos derivan en la compraventa mercantil. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1954)", en RDM, (1956), pp. 447-471. El mismo autor publica cuatro años más tarde otro trabajo en el que vuelve sobre algunos de los puntos expuestos en el primero, pero entre los cuales no se encuentra el presente [ADC, (1959), pp. 1191-1217].

842) En sus "Instituciones de derecho mercantil" [13.ª ed., (1988), p. 445], F. SANCHEZ CALERO pone, como ejemplo de defecto de calidad, el de la "entrega [de] un vino de once grados cuando se contrató uno de quince", y como ejemplo de vicio, el del "vino [que] se ha agriado por defecto del embotellado".

843) F. SANCHEZ CALERO, RDM, (1956), pp. 450-452.

minadas cualidades prometidas o aseguradas" en la misma. Este otro concepto cuenta con un límite: que el defecto de calidad no dé lugar a "la conversión de una cosa en otra diferente"; a un 'aliud pro alio' (844).

Señalados los distintos conceptos de vicio, Sánchez Calero se plantea, cuál de ellos sigue el CCO. El art. 336 CCO habla tanto de vicio cuanto de defecto de calidad; incluye, pues, a ambos. No obstante esto, el problema está en que los vicios y los defectos de calidad pueden ser bien aparentes, bien ocultos y ha de precisarse cuales contempla ese art. 336 CCO.

En cuanto a los vicios, señala Sánchez Calero, es claro que el art. 336 CCO piensa en los aparentes puesto que en los ocultos ya lo hace el art. 342 CCO. En cambio, la situación de los defectos de calidad no es tan clara: la cuestión consiste en saber si el art. 336 CCO alude a todos los defectos de calidad, o sólo a aquéllos que sean aparentes. Al respecto Sánchez Calero afirma que, si el fin del art. 336 CCO es que el comprador pueda reclamar por todos aquellos vicios y defectos de calidad que pueden ser apreciados en el momento del recibimiento de la mercancía, es evidente que ese precepto no abarca a los defectos de calidad ocultos sino sólo a los aparentes. Descartado que el art. 336 CCO aluda a los defectos de calidad ocultos, son posibles las dos siguientes hipótesis: bien que los mismos están fuera del concepto de vicios ocultos, bien que éstos los comprenden (845). Entre ambas, el autor se inclina

844) F. SANCHEZ CALERO, RDM, (1956), pp. 450 y 452.

845) Adviértase que el art. 342 CCO sólo habla de "vicios internos de la cosa vendida", y no de defecto de calidad.

por la primera: los vicios ocultos no abarcan a los defectos de calidad ocultos. Se basa en que las acciones edilicias poseen "carácter excepcional", lo cual impide que sean "aplicadas a aquellos casos que están fuera de los vicios ocultos" (846).

Por último, y ya en sus "Instituciones de derecho mercantil", Sánchez Calero afirma que el art. 336 CCO no incluye los defectos "que aparten completamente la cosa entregada de la contratada (...) o que hagan por completo inhábil la cosa"; a éstos les son aplicables los arts. 1101 y 1124 CC (847).

[179].- Sólo dos años después del primer trabajo de Sánchez Calero, esto es, en 1958, Langle y Rubio alude muy brevemente a los conceptos de vicio, defecto de calidad y prestación diversa ('aliud pro alio') (848). Dicho autor destaca que la entrega de

846) F. SANCHEZ CALERO, en RDM, (1956), pp. 454-456.

847) No parece aventurado afirmar que F. SANCHEZ CALERO distingue entre prestaciones diversas a las que son aplicables el art. 336 CCO, y prestaciones diversas a las que son aplicables los arts. 1101 y 1124 CC. Por otro lado, cuando habla de los defectos que hacen inhábil a la cosa, es evidente que alude a la doctrina jurisprudencial del incumplimiento por inhabilidad de la cosa (expuesta, recuérdese, supra, n.ºm. 127 y ss) ["Instituciones de derecho mercantil", 13.ª ed., (1988), p. 445].

848) E. LANGLE Y RUBIO "El contrato de compraventa mercantil", (1958), pp. 73-83; este trabajo está reproducido en su "Manual de derecho mercantil español", tomo III, (1959), pp. 156-162.

También en 1958, aparece en el ADC otro trabajo que alude a estos temas de anomalías cualitativas de la cosa, y lo hace a propósito del Proyecto de una Ley Uniforme sobre la venta internacional de los objetos muebles corporales, de 1956 [todos los estudios monográficos del fascículo IV del ADC de 1958 están dedicados a comentar dicho Proyecto, en cuya elaboración intervino, como es conocido, F. DE CASTRO]. El mencionado trabajo es "La conformidad al contrato de la cosa vendida" de V. ANGELONI (pp. 1053-1062), y en él, dicho autor alaba la unificación, hecha por el art. 40 de ese Proyecto, entre la entrega de una cosa diversa a la pactada, la de una cosa a la que falta su cualidad esencial o la especialmente pactada, y la de una cosa con vicios. Todo ello bajo la denominación de "falta de conformidad" al contrato (p. 1055). Advirtamos ya, que tras su-

"cosa diferente de la convenida", o 'aliud pro alio', supone un incumplimiento del contrato, mientras que la entrega de "la cosa convenida, mas en estado defectuoso" es un cumplimiento, aunque sea un "mal" cumplimiento. Tras esto, alaba la unificación que de esas categorías hace el art. 42 del "Proyecto de ley internacional sobre la venta, de Roma 1934", y señala que, pese a que el Tribunal Supremo ha intentado diferenciar "entre el vicio de calidad constitutivo de prestación diversa y vicio de calidad constitutivo solo de prestación defectuosa" (849), no lo ha conseguido.

Finalmente, señala que el "vicio o defecto de calidad" del art. 336 CCO "parece abarcar todos los supuestos, sean de prestación diversa o defectuosa" (850).

cesivas vicisitudes, ese Proyecto pasó a ser la Ley uniforme sobre la venta internacional de bienes muebles corporales, aprobada en La Haya, el 1 de julio de 1964 (LUCI), (aquel art. 40 del Proyecto equivale al art. 33 LUCI).

849) Las SS TS de 20 de noviembre de 1991 y 14 de mayo de 1992 tienen presente a esta clasificación de los "vicios de calidad". La primera de ellas afirma: "No obstante, la distinción entre vicio de calidad constitutivo de prestación diversa y vicio de calidad constitutivo de prestación defectuosa, que enfrentaría el incumplimiento total al mal cumplimiento, no es un problema de fácil solución práctica al examinar los casos concretos" (FD n.º 4). Y la segunda, la de 14 de mayo de 1992: "Pero este no es el caso de autos, pues no se trata de vicios de calidad constitutivos de prestaciones distintas o totalmente inhábiles en sus efectos terminales de procesamiento industrial y oferta al mercado, sino más de vicios determinantes de prestaciones defectuosas" (FD n.º 1).

850) E. LANGLE Y RUBIO "El contrato de compraventa mercantil", (1958), pp. 73-75 [más adelante, para estos temas se remite al trabajo de F. Sánchez Calero de la RDM, (1956)]; "Manual de derecho mercantil español", tomo III, (1959), pp. 157 y 160.

[180].- Ya en 1961, Garrigues vuelve otra vez sobre los conceptos de vicio, defecto de calidad y prestación diversa. Este autor valora la redacción del art. 336 CCO, en cuanto que ha unificado el régimen del vicio y del defecto de calidad, evitando así las dificultades prácticas de diferenciar el uno del otro. Junto a esto, advierte que en ocasiones los defectos de calidad "pueden convertir la cosa entregada en cosa distinta de la pactada (aliud)", y que tal caso "parece que debe ser tratado del mismo modo que la prestación de cosa que tenga algún vicio"; esto es, aplicando el art. 336 CCO (851).

[181].- Después de Garrigues, la única mención que de estas categorías hemos encontrado se halla en el manual de Broseta Pont (1991) (852).

Por tanto, podemos concluir afirmando que durante el período de tiempo que abarca desde el año 1956 al 1961, es cuando la doctrina mercantil plantea detenidamente esas distinciones, no dándoles, posteriormente, especial relevancia (853).

851) J. GARRIGUES, en RDM, (1961), n.º 79, p. 15. Un poco más abajo insiste en su opinión, puesto que "esta posición radical es la única que puede salvar las enormes dificultades de los casos fronterizos, que son tan frecuentes entre el defecto de calidad y la prestación diversa" (op. cit., p. 16).

852) M. BROSETA PONT "Manual de derecho mercantil", 9.ª ed., (1991), p. 440. Dicho autor pone como ejemplo de vicio, el del televisor con UHF, el cual "no funciona adecuadamente", y como ejemplo de defecto de calidad, el del televisor al que le falta el UHF.

853) No lo hacen, por ejemplo: R. GAY DE MONTELLA "Código de comercio español comentado. (Legislación, Jurisprudencia y Derecho comparado)", tomo III, vol. I, 2.ª ed., (1948), pp. 201 y 208-210; R. URÍA "Derecho mercantil", 18.ª ed., (1991), p. 552-553; E. SECO CARO "Derecho mercantil" coordinado y dirigido por G.J. Jiménez Sánchez, (1990), pp. 790-791 y 798.

A nuestro parecer, las afirmaciones, que F. SANCHEZ CALERO hizo en 1956, tienen hoy en día idéntica vigencia: "La impor-

7.3. Las acciones del comprador por los "vicios internos" de las mercancías (art. 342 CCO).

[182].- Al igual que el art. 371 CCO 1829 (854), el art. 342 CCO no precisa las acciones de que el comprador dispone (855) y de aquí que la doctrina haya intentado su determinación, encontrándonos con las siguientes opiniones:

a) La mayoría de los autores son partidarios de acudir al CC; en concreto, al art. 1486.I CC, que como de sobra sabemos permite al comprador optar entre deshacer el contrato (acción redhibitoria) o reducir el precio (acción estimatoria), y si el vendedor es de mala fe, el comprador dispone además de una acción de indemnización por daños y perjuicios (art. 1486.II CC) (856).

tancia de estos temas [el relativo a la garantía por vicios ocultos en la compraventa mercantil], así como la escasez bibliográfica en nuestra Patria sobre ellos (...)" [RDM, (1956), p. 449]. Nótese, que para la exposición del texto hemos manejado algunos estudios monográficos, siendo la mayoría de las obras consultadas, manuales o comentarios al Código de comercio.

854) Supra, nota n.º 818.

855) Por contra, en los vicios aparentes, el art. 336 CCO sí que ha aclarado las acciones con que cuenta el comprador, frente a lo que ocurría con el art. 370 CCO 1829 (cfr. supra, nota n.º 812, y n.ºm., 172). A esta aclaración se refiere la E.M. del CCO de 1885, la cual, refiriéndose al CCO de 1829, afirma que en materia de acciones éste "aparece poco conforme con los principio jurídicos, dando lugar a dudas y cuestiones en la práctica", y de aquí que en el proyecto de CCO (después CCO de 1885) "se concede al comprador el derecho de pedir el cumplimiento o la rescisión del contrato" [A. POLO DIEZ "Leyes mercantiles y económicas", tomo I, (1956), p. 61].

856) ALVAREZ DEL MANZANO/BONILLA/MIÑANA "Tratado de derecho mercantil español comparado con el extranjero", tomo II, (1916), p. 26; J.M.ª G. DE ECHAVARRI Y VIVANCO "Comentarios al Código de Comercio, leyes, jurisprudencia y usos mercantiles españoles y a la legislación comercial extranjera", tomo III, 2.ª ed., (1933), pp. 234-235; J.M.ª BOIX RASPALL v. Compraventa mercantil, en NEJ, tomo IV, (1952), pp. 543-544; A. ROJO FERNANDEZ-RIO "La responsabilidad civil del fabricante", (1974), pp. 267-268 y 279-284; F. VICENT CHULIA "Compendio crítico de derecho mercantil", tomo II, 3.ª ed., (1990), pp. 116-117; E. SECO CARO "Derecho mercantil" dirigido y coordinado por G.J. Jiménez Sánchez, (1990), pp. 792-793; R. URÍA "Derecho mercantil", 18.ª ed., (1991), pp. 552-553; F. SANCHEZ CALERO

Estos autores no suelen precisar el cauce a través del cual acuden al CC; parecen darlo por sabido. No obstante esto, entendemos que implícitamente se trata del art. 50 CCO (857).

b) Otra serie de autores --en menor número, pero con indudable autoridad-- acuden al art. 336 CCO, y por tanto el comprador puede, cuando la cosa adolece de vicios "internos", optar entre pedir el cumplimiento del contrato o su rescisión. En todo caso, también dispone de una acción de indemnización por daños y perjuicios (responsabilidad objetiva) (858).

"Instituciones de derecho mercantil", 15.ª ed., (1991), p. 478.

Aparte, hemos de mencionar a J. NICOLAS MARTI, quien parece entender que el comprador sólo dispone de una acción de reducción del precio [cfr. si no las pp. 160-162 y 164 de su trabajo "Responsabilidad del vendedor y riesgo en la compraventa mercantil", RDM, (1985); si bien en la p. 156 habla de las acciones redhibitoria y estimatoria]. También, a BLANCO CONSTANS, quien entiende que el comprador sólo dispone de la acción redhibitoria y no de la 'quanti minoris' ["Estudios elementales de derecho mercantil", tomo III, (1902), pp. 154-155].

857) Si lo señalan: E. SECO CARO "Derecho mercantil" dirigido y coordinado por G.J. Jiménez Sánchez, (1990), p. 773; F. VICENT CHULIA "Compendio crítico de derecho mercantil", tomo II, 3.ª ed., (1990), p. 117.

858) Posiblemente también sea GARRIGUES el primer autor en defender esta interpretación para el CCO de 1885 (recuérdese que ya se sostenía para el CCO de 1829, supra, n.ºm. 173). En la primera edición de su "Curso de derecho mercantil", expone conjuntamente los arts. 336 y 342 CCO y deja implícitamente entrever, que en el caso de los vicios "internos" el comprador dispone de las acciones del art. 336.III CCO [op. cit., tomo II, (1940), pp. 141-144]. Pero es unos años más tarde, cuando expone y desarrolla con detalle la opinión del texto y resalta que se tratan de dos especialidades mercantiles: a) Frente a la opción entre la acción redhibitoria y la estimatoria del CC, el CCO dispone de la acción de cumplimiento o de la rescisoria; b) frente a la acción indemnizatoria del CC, sólo oportuna si el vendedor es de mala fe, el CCO admite que el comprador dispone de ella en todo caso ["Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil, RDM, n.º 79, (1961), pp. 25-26; "Tratado de derecho mercantil", tomo III, vol. 1., (1963), pp. 283-285].

Esta opinión de GARRIGUES es sometida a una dura crítica por parte de A. ROJO FERNANDEZ-RIO:

a) Según este autor, tres argumentos son contrarios al carácter objetivo de la indemnización del art. 336.III CCO.

El primero es que si el art. 329 CCO, el cual concede las mismas acciones que el art. 336.III CCO, exige como requisito de aplicación la culpa del vendedor, la misma solución debe imperar en el art. 336.III CCO ("una única solución debe mantenerse en las hipótesis de entrega tardía y entrega defectuosa",

c) Finalmente, hemos de mencionar la opinión de Langle y Rubio, que comparte aspectos con la que acabamos de exponer en segundo lugar.

Este autor entiende que el "derecho a repetir" del art. 342 CCO consiste en la opción entre deshacer el contrato o pedir su cumplimiento (art. 336 CCO)

p. 273). Hemos de advertir que A. ROJO FERNANDEZ-RIO justifica con una minuciosa exposición su postura favorable a que, para aplicar el art. 329 CCO, opere el requisito de la culpa.

El segundo es que resulta un "contrasentido" el carácter objetivo de la acción indemnizatoria del art. 336.III CCO con la posibilidad de exonerarse de esa responsabilidad en virtud del art. 345 CCO.

El tercero es que, si los supuestos de hecho de los arts. 336 y 342 CCO son claramente distintos, y así lo entiende A. ROJO FERNANDEZ-RIO, no es oportuna la argumentación de GARRIGUES, apoyando su opinión en un texto de Pothier sobre la responsabilidad del vendedor-fabricante, puesto que éste realizaba su afirmación sólo a propósito de los vicios ocultos de la cosa.

b) También hay razones para negar que las acciones del art. 342 CCO sean las del art. 336.III CCO. Entre éstas, nos dice A. ROJO FERNANDEZ-RIO, es evidente la "separación física" que el legislador de 1885 hizo de los arts. 370 y 371 CCO 1829 en los arts. 336 y 342 CCO, lo que resalta ("indicio") de que contemplan distintos supuestos de hecho; y pese a que el Código de comercio actual sólo aclara las acciones de que dispone el comprador en el art. 336 CCO y no en el 342 CCO, es posible que ello sea porque "no lo considere necesario". Además, "ni las fuentes inspiradoras" del CCO de 1829, el cual tampoco especifica las acciones por vicios ocultos, "ni la autorizada exposición de Pardessus (...), ni --en fin-- el ambiente doctrinal de la época permiten afirmar lo contrario" (nota n.º 78, p. 282). [A. ROJO FERNANDEZ-RIO "La responsabilidad civil del fabricante", (1974), pp. 269-276 y nota n.º 78, pp. 279-282].

Comparte la opinión de Garrigues, M. BROSETA PONT "Manual de derecho mercantil", 9.ª ed, (1991), pp. 440-441. Entendemos que también R. GAY DE MONTELLA, aunque su exposición puede suscitar alguna duda. Es cierto que afirma: "Contra estos vicios internos, la ley da al comprador la acción de pedir al vendedor la rescisión del contrato, o el cumplimiento con indemnización de daños y perjuicios, cuando la reclamación sea formulada por el comprador dentro de los treinta días siguientes a la entrega" (p. 209). Pero este párrafo se inserta en una exposición en la que se desarrolla el saneamiento por vicios de acuerdo al CC y en la que se deja caer sin más. De todas formas, la contundencia de sus anteriores palabras hace que lo incluyamos dentro de esta línea doctrinal [R. GAY DE MONTELLA "Código de comercio español comentado. (Legislación, Jurisprudencia y Derecho comparado)", tomo III, vol I, 2.ª ed., (1948), pp. 208-210].

(859). Pero además de esta opción, Langle se plantea si el comprador puede disponer de la acción estimatoria, inclinándose porque sí, con base en la acción indemnizatoria del art. 336 CCO; esto es, la indemnización del comprador puede consistir en la reducción del precio, en la medida del menor valor que poseen las mercancías por adolecer de vicios (860).

Por contra, Langle niega que el comprador pueda exigir del vendedor la reparación de la mercancía; ni admite que cuente con la acción de sustitución de la mercancía por "otra en buen estado" (861).

7.4. El plazo del art. 342 CCO: treinta días, siguientes a la entrega de la cosa.

[183].- Algunos autores señalan que son posibles tres interpretaciones: a) Los treinta días son el plazo de ejercicio de las acciones. b) Los treinta días son el plazo de la denuncia del defecto al vendedor, y el plazo de ejercicio de la acción es el del seis meses del art. 1490 CC. c) Los treinta días son el plazo de la denuncia del defecto al vendedor, y el plazo de ejercicio de la acción es del de quince años, del art. 1964 CC (862).

De las tres interpretaciones, la doctrina mercantil suele defender la expuesta en segundo lugar: los treinta días son plazo de denuncia y los seis meses son plazo de ejercicio de acción (863). En idéntico

859) E. LANGLE Y RUBIO "El contrato de compraventa mercantil", (1958), pp. 81-82; "Manual de derecho mercantil español", tomo III, (1959), p. 161.

860) E. LANGLE RUBIO "El contrato de compraventa mercantil", (1958), p. 82; "Manual de derecho mercantil español", tomo III, (1959), p. 161.

861) E. LANGLE Y RUBIO "El contrato de compraventa mercantil", (1958), p. 83; "Manual de derecho mercantil español", tomo III, (1959), pp. 161-162.

862) F. VICENT CHULIA "Compendio crítico de derecho mercantil", tomo II, 3.ª ed., (1990), p. 119; E. SECO CARO "Derecho mercantil" dirigido y coordinado por G.J. Jiménez Sánchez, (1990), p. 793.

Otras posibles interpretaciones en F. SANCHEZ CALERO en RDM, (1956), p. 463.

863) J. GARRIGUES "Curso de derecho mercantil", tomo II, (1940), pp. 143-144; F. SANCHEZ CALERO en RDM, (1956), pp. 469-

sentido se orienta la jurisprudencia del Tribunal Supremo (864).

7.5. El momento de la recepción de las mercancías y el plazo de cuatro días. El plazo de ejercicio de las acciones (art. 336 CCO).

[184].- Siguiendo una interpretación literal del art. 336 CCO, éste distingue las mercancías "enfardadas o embaladas", de las que no lo están. En el primer caso el comprador dispone de un plazo de cuatro días siguientes a la entrega para reclamar al vendedor (865). En el segundo caso, aquél debe inmediatamente reclamar tras la recepción de las mercancías.

Frente al tenor literal del precepto, Sánchez Calero propugna una interpretación amplia del art. 336. II CCO: si la mercancía no va ni enfardada, ni embalada y el comprador no ha realizado su examen en el momento de la recepción, éste todavía dispone de un plazo de cuatro días, siguientes a la entrega, para re-

471; E. LANGLE Y RUBIO "El contrato de compraventa mercantil", (1958), pp. 82-83, y "Manual de derecho mercantil español", tomo III, (1959), p. 161; M.ª M. VERGUEZ SANCHEZ "Concepto y particularidades de la 'venta sobre muestras'" en "Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues", tomo III, (1971), pp. 473-474; A. ROJO FERNANDEZ-RIO "La responsabilidad civil del fabricante" (1974), pp. 281-283; J. NICOLAS MARTI "Responsabilidad del vendedor y riesgo en la compraventa mercantil" en RDM, (1985), p. 161; F. SANCHEZ CALERO "Instituciones de derecho mercantil" 13.ª ed., (1988), pp. 445-446; E. SECO CARO "Derecho mercantil" dirigido y coordinado por G.J. Jiménez Sánchez, (1990), p. 792-793.

En cambio, F. VICENT CHULIA entiende que el plazo de treinta días es plazo de ejercicio de acción ["Compendio crítico de derecho mercantil", tomo II, (1990), p. 121].

864) Véase infra, nota n.º 995.

865) La E.M. del CCO de 1885 señala que los plazos de las acciones del comprador "se reducen considerablemente, con el objeto de dar seguridad y firmeza a las transacciones mercantiles, evitando todo lo que pueda mantener la intranquilidad y la incertidumbre en el dominio o posesión de las mercancías y dificultad su libre circulación" [A. POLO DIEZ "Leyes mercantiles y económicas", tomo I, (1956), p. 61].

Se habrá observado, que el plazo de seis meses del art. 371 CCO 1829 pasa a ser de treinta días en el art. 342 CCO, y el de ocho días del art. 370 CCO 1829 pasa a cuatro días, de acuerdo al art. 336 CCO.

clamar al vendedor por los defectos en la mercancía (866). Esta amplia interpretación ha tenido una cálida acogida por diversos autores (867).

[185].- En cuanto al plazo de ejercicio de las acciones derivadas del art. 336 CCO, se entiende que éste es el de seis meses, del art. 1490 CC (868).

7.6. Valoración global sobre la doctrina mercantil: la continuación de la generalizada irrelevancia del carácter genérico o específico de la compraventa.

[186].- Cuando la doctrina mercantil expone los supuestos de hecho de los vicios y de los defectos de calidad, contenidos en el art. 336 CCO, no alude en ningún momento al posible carácter genérico o específico de la obligación del vendedor. La perspectiva en que aquélla normalmente centra el estudio del art. 336 CCO es, como ya hemos visto, la de la distinción entre el vicio, el defecto de calidad y la prestación diversa ('aliud pro alio') (869).

866) La primera vez que F. SANCHEZ CALERO realiza esta interpretación es de forma breve y sin darle especial importancia, en su trabajo de la RDM, (1956), p. 453, en nota n.º 18; también p. 454, nota n.º 22. Es después, en su trabajo del ADC, [(1959), pp. 1204-1206], cuando desarrolla y expone con mayor detalle la misma opinión.

867) Así, A. ROJO FERNANDEZ-RIO "La responsabilidad civil del fabricante", (1974), p. 267 y nota n.º 267.

868) M.M.ª VERGUEZ SANCHEZ "Concepto y particularidades de la 'venta sobre muestras'" en "Estudios en homenaje a Joaquin Garrigues", tomo III, (1971), pp. 474-475.

869) Comparando la doctrina mercantil con la civil, la presente perspectiva de análisis no ha sido especialmente ahondada por la segunda. Como señalamos en el capítulo precedente, la doctrina civil centra sus esfuerzos, básicamente, en determinar la naturaleza jurídica de las acciones edilicias, para así cuestionarse si el comprador sólo dispone de tales acciones, o además de otras (cfr., supra, n.ºm. 77 y ss). De todas formas ciertos autores sí que se han planteado en relación al CC la posible distinción entre el vicio y la falta (defecto) de calidad.

En este sentido R. BADENES GASSET, quien defiende la dis-

En cuanto a los vicios "internos" del art. 342 CCO, tan sólo algunos autores han tenido presente el que la obligación del vendedor fuera genérica o específica. En concreto, a los efectos de determinar a partir de que momento el vendedor no responde de los vicios internos de que la mercancía pueda adolecer.

En esta línea se encuentra Sánchez Calero, quien precisa que en la compraventa mercantil específica, el vicio debe existir en el momento en que las mercancías son puestas a disposición del comprador, dado que en tal momento éste asume los posibles riesgos de la cosa (cfr. art. 333 CCO) ⁽⁸⁷⁰⁾. En cambio,

tinción entre el vicio y el defecto de calidad, lo que conduce a importantes consecuencias: el régimen de los vicios es el de los arts. 1484 y ss CC, mientras que el del defecto de calidad es el del art. 1124 CC. Es decir --aclara este autor-- la acción derivada del vicio caduca a los seis meses y la del defecto de calidad prescribe a los quince años; y el comprador puede, cuando hay vicio, desistir del contrato o rebajar el precio, y en cambio, con el defecto de calidad, puede pedir el cumplimiento del contrato o su resolución [R. BADENES GASSET "El contrato de compraventa", tomo I, (1979), p. 686; las definiciones que de vicio y defecto de calidad da, así como los ejemplos que ofrece (op. cit., pp. 684-685), parecen haber sido inspirados por la obra de R. LUZZATTO "La compraventa", trad. esp., (1953), pp. 270-272].

Discrepa de la anterior opinión A.M. MORALES MORENO, partidario de un concepto amplio de vicio redhibitorio el cual, dentro de los límites que marca el art. 1484 CC, abarca tanto al vicio cuanto al defecto de calidad ["El alcance protector de las acciones edilicias", ADC, (1980), pp. 648-657; especialmente las pp. 652-657].

ORTI también alude a los conceptos de vicio, defecto de calidad y 'aliud pro alio', dedicándoles un detenido estudio en el que destaca la dificultad de encontrar un criterio que permita discriminar a aquéllos con seguridad. Téngase presente que este autor analiza el problema de las anomalías cualitativas en el CC y en el CCO, para así determinar el régimen aplicable a la compraventa genérica ["La protección", pp. 35 y ss].

870) F. SANCHEZ CALERO, en RDM, (1956), p. 461. Este mismo autor señala que la presente regla constituye una especialidad mercantil, dado que en la compraventa civil específica, el momento clave es el de la celebración del contrato.

en la compraventa mercantil genérica los riesgos de la cosa pasan al comprador cuando se produce la especificación, y de aquí el que el vendedor sólo responda de los vicios ocultos que en tal momento existían en la cosa, y no, de los posteriores. Ha de advertirse que Sánchez Calero entiende que tanto el vendedor como el comprador deben intervenir en la especificación (carácter bilateral), siendo por ello lógico el que resalte la frecuencia con que dicha especificación tendrá lugar en el momento de la entrega de la mercancía, a salvo el que las partes dispongan otra cosa (871).

Tras lo expuesto, podemos concluir afirmando que la doctrina mercantil no da relevancia, en el problema de las anomalías cualitativas de la cosa, al posible carácter genérico o específico de la obligación del vendedor. Si bien, en relación con los vicios "internos" del art. 342 CCO, Sánchez Calero sí que ha tenido en cuenta dicha tipología de obligaciones, únicamente lo hace para situar en el tiempo los defectos de la cosa, de los que responde el vendedor en uno y otro caso. No puede afirmarse que con ello establezca un régimen distinto de responsabilidad, según el modelo de obligación pactado.

Esta orientación de la doctrina mercantil no es ninguna novedad. En las breves pinceladas históricas que hemos dado, tanto en las referentes a momentos anteriores al CCO de 1829, como en las correspondientes a la doctrina que interpreta los arts. 370 y 371 CCO 1829 hemos podido advertir, también, la indiferencia hacia el carácter genérico o específico de la obli-

871) F. SANCHEZ CALERO en RDM, (1956), pp. 462-463.

gación del vendedor. Posiblemente porque, pese a haber en el tráfico mercantil compraventas específicas, inconscientemente se piensa en la genérica, al ser ésta el modelo práctico por excelencia. En este panorama debemos admitir, como excepción, la opinión de Pardessus.

8. El Derecho italiano: un modelo de Derecho comparado.

[187].- Situándonos en el Derecho comparado, entendemos que el sistema italiano ofrece un ejemplo muy interesante sobre cómo ha funcionado y funciona un ordenamiento, en el que los temas relacionados con las anomalías cualitativas del objeto se analizan, básicamente, desde los conceptos de vicio, defecto de calidad y 'aliud pro alio'. Ciertamente, no se trata de una característica exclusiva del mismo, puesto que otros ordenamientos, como el alemán o el suizo, también conocen esas categorías (872). No obstante esto, y en justificación a su exposición,

872) En relación a la venta genérica, el § 480 BGB ofrece al comprador, al que se le ha entregado un cosa con vicios, la posibilidad de optar entre utilizar las acciones edilicias (redhibitoria y estimatoria), o la de cumplimiento dirigida a la sustitución de la cosa ("an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird"). El plazo de ejercicio de esta acción de cumplimiento es el mismo que para las acciones edilicias (seis meses desde la entrega y un año tratándose de inmuebles), según resulta de la remisión que el § 480 BGB hace al § 477 BGB, que regula los plazos de la garantía. El transcurso de este plazo, o la opción del comprador entre la acción redhibitoria o estimatoria, hace que éste pierda la acción de sustitución de la cosa. Pero, la doctrina alemana ha abierto una vía para evitar, en ciertos casos, la aplicación del plazo previsto en ese § 477 BGB. En este sentido, se afirma que el § 480 BGB sólo engloba los casos en que el objeto entregado es defectuoso, puesto que únicamente alude a él ("mangelhaften Sache"), quedando fuera aquellos casos, en los que el objeto, sin ser defectuoso, es distinto del previsto en el contrato ('aliud'). Así pues, en la compraventa genérica, se diferencia entre el cumplimiento con un objeto defectuoso ("Schlechtlieferung") y el falso cumplimiento, o cumplimiento con objeto distinto ("Falschlieferung"). A este último supuesto no se le aplica el

hemos de indicar que la doctrina mercantil especializada suele tenerlo presente en sus trabajos.

8.1. Vicios y defectos de calidad en el Código civil italiano de 1942: Aspectos divergentes y coincidentes de su régimen jurídico.

[188].- Según el art. 1476.3) CC ital. 1942, si la cosa adolece de vicios, el vendedor tiene frente al comprador la obligación principal de garantía ⁽⁸⁷³⁾, cuya regulación, en el aspecto que consideramos, se hace por los arts. 1490 a 1496 CC ital. 1942

plazo del § 477 BGB. El problema surge a la hora de identificar el criterio que permite diferenciar uno y otro caso. Para ello suele acudir al § 378 HGB, y se entiende que hay "Falschlieferung", cuando, claramente, la mercancía entregada se desvía de tal modo del encargo, que el vendedor tiene que dar por excluida la aceptación del comprador [LARENZ, "Lehrbuch des Schuldrechts. II Besonderer Teil", 13.ª ed., (1986), p. 80; ESSER/WEYERS, "Schuldrecht, II Besonderer Teil", 7.ª ed., (1991), p. 58; MEDICUS, "Schuldrecht, Besonderer Teil", 3.ª ed., (1987), p. 35].

El Derecho suizo, según el art. 206.1 CO suizo de 1911, si la compraventa es genérica ("une quantité déterminée de choses fungibles"), también permite al comprador la posibilidad de optar entre la desvinculación contractual, la reducción del precio, o la demanda de otras cosas del género ("soit d'exiger d'autres choses recevables du même genre"). El plazo de ejercicio de estas acciones es de un año, a contar desde la entrega, (art. 210.1). Asimismo, en este ordenamiento se plantea la cuestión de la posible distinción entre la prestación defectuosa y el 'aliud pro alio', como desencadenantes de un régimen jurídico distinto, lo que unos autores admiten, mientras otros niegan. Sobre estas cuestiones, véase STANILAS, quien afirma que, "es necesario distinguir claramente, cuando la entrega de un 'aliud' las ventas de cuerpos ciertos de las ventas de cosas de género" (p. 168), dedicándolas un análisis separado ["Le Droit de résolution dans le contrat de vente. Sanction de l'inexécution des obligations contractuelles. Etude de Droit suisse", (1979), pp. 168-173].

873) Art. 1476 CC ital. 1942: "Le obbligazioni principali del venditore sono: (...) 3) quella di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa".

(874). El primero de tales artículos, el 1490, precisa qué se entiende por vicio: aquél que, o hace a la cosa inidónea al uso al cual es destinada, o disminuye en modo apreciable su valor (875).

874) El otro aspecto de la garantía, la garantía por evicción, lo desarrollan los arts. 1478 a 1488 CC ital. 1942. Entre las novedades más destacables del CC ital. de 1942, frente al CC ital. de 1865, está el que admite la venta de cosa ajena (cfr. art. 1478). Regula los problemas que esa venta conlleva, tanto cuando el comprador, de buena fe, descubre el carácter ajeno de la cosa antes de que el tercero le perturbe (cfr. art. 1479), como si el comprador ya ha sufrido la perturbación por parte del tercero (arts. 1483 a 1488).

875) Art. 1490.I CC ital. 1942: "Il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendono inidonea all' uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore".

Aunque no se deduce del art. 1490 CC ital. 1942, sino del art. 1491 CC ital. 1942, estos arts. 1490 a 1496 CC ital. 1942 regulan el régimen de los vicios ocultos en el momento de la celebración del contrato (en la compraventa genérica, aclara la doctrina italiana, el momento decisivo es el de la individualización de la cosa), y equivalen a los arts. 1484 y ss de nuestro Código civil, y 342 de nuestro Código de comercio ("vicios internos"). No se olvide algo de sobra conocido: el CC ital. de 1942 regula de manera unitaria las relaciones civiles y mercantiles, anteriormente desgajadas en dos distintos cuerpos legales (CC de 1865 y CCO de 1882). Con carácter general, sobre estos arts. 1490 a 1496 CC ital. 1942, consúltese P. GRECO/G. COTTINO "Della vendita. (art. 1470-1547)", en "Commentario del codice civile a cura de A. Scialoja e G. Branca", 2.ª ed., (1981), pp. 228-303.

El art. 1491 CC ital. 1942 exonera al vendedor de la garantía por los vicios de la cosa, conocidos por el comprador en el momento de la celebración del contrato; también, de los vicios fácilmente cognoscibles, salvo que el vendedor hubiera declarado que la cosa carecía de vicios (textualmente: "Non è dovuta la garanzia se al momento del contratto il compratore conosceva i vizi della cosa; parimenti non è dovuta se i vizi erano facilmente riconoscibili, salvo, in questo caso, che il venditore abbia dichiarato che la cosa era esente da vizi").

Algunos autores señalan que por vicios fácilmente cognoscibles ha de entenderse aquéllos que para su descubrimiento exigen un mínimo examen. En cambio, los vicios aparentes --expresión recogida en el art. 1511 CC ital. 1942, que transcribimos un poco más abajo-- son los que emergen 'ictu oculi, prima facie' [R. LUZZATTO "La compraventa", trad. esp., (1953), p. 280; P. GRECO/G. COTTINO, op. cit., p. 257]. Discrepa D. RUBINO, quien señala que los vicios aparentes son aquéllos objetivamente reconocibles, y los vicios reconocibles son un subtipo de los anteriores, en cuanto que a la objetiva reconocibilidad se añade la subjetiva ["La compraventa", en "Trattato

Pero, además de por los posibles vicios de la cosa, el vendedor también responde si falta en ella la cualidad prometida, o la cualidad esencial para su uso (art. 1497 CC ital. 1942) (876).

di diritto civile e commerciale diretto dai professori A. Cicu e F. Messineo", 2.^a ed., (1962), p. 789, también nota n.º 58]. Claramente entiende que se tratan de dos expresiones legales equivalentes, E. MINERVINI [pp. 13-14, "L'esclusione legale della garanzia per vizi nel contratto di compravendita", RDC, (1989), pp. 1-19; trata de las diferentes clasificaciones de los vicios en el ordenamiento italiano].

Como se habrá observado, el momento relevante para el art. 1491 CC ital. 1942 es la celebración del contrato. Ahora bien, hay casos en los que el comprador no puede conocer en ese momento, ni los vicios aparentes, ni los fácilmente cognoscibles. En tales casos, ¿puede el comprador contar con la garantía? Aquí cobra relieve el art. 1511 CC ital. 1942.

Este artículo determina el momento a partir del cual se inicia el cómputo para la denuncia de los "vicios y de los defectos de calidad aparentes", en las compraventas en las que media un transporte (textualmente: "Nella vendita di cose da trasportare da un luogo a un altro, il termine per la denuncia dei vizi e dei difetti di qualità apparenti decorre dal giorno del ricevimento"). Aunque el art. 1511 CC ital. 1942, literalmente, sólo se refiere a las compraventas en las que ha mediado transporte, la doctrina italiana coincide, en que su 'ratio' justificadora es la de las compraventas en las que el comprador no ha podido justificadamente, dadas las circunstancias, verificar la cosa en el momento de la celebración del contrato (hay un transporte; las mercancías están embaladas; etc). Esto se traduce, en que la norma contenida en este artículo puede extenderse a todas aquellas compraventas, en las que el comprador no pudo examinar la cosa en el momento de la celebración del contrato, con la consecuencia, de que en ellas, el comprador cuenta con la garantía por vicios [R. LUZZATO, op. cit., pp. 278-284; D. RUBINO, op. cit., pp. 786-791; P. GRECO/G. COTTINO, op. cit., pp. 260-265].

Finalmente, trasladándonos a nuestro Derecho, hemos de indicar que, por lo expuesto, se justifica la afirmación de que no existe en el Código civil italiano de 1942 una norma que, plenamente, equivalga a nuestro art. 336 CCO (vicios y defectos de calidad aparentes). El artículo que más puede aproximarse, es el 1511, que regula las compraventas en las que hay un transporte.

876) Art. 1497.I CC ital. 1942: "Quando la cosa venduta non ha la qualità promesse ovvero quelle essenziali per l'uso a cui è destinata, il compratore ha diritto di ottenere la risoluzione del contratto secondo le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento, purché il difetto di qualità ecceda i limiti di tolleranza stabiliti dagli usi".

Con carácter general, también, consúltese P. GRECO/G. COTTINO "Della vendita. (Art. 1470-1547)" en "Commentario del co-

El régimen jurídico de estos dos supuestos --vicio y defecto de calidad-- coincide en determinados aspectos y diverge en otros.

Entre los aspectos divergentes, parece encontrarse el de las acciones de que el comprador dispone en uno y otro caso (877). Siguiendo una estricta interpretación literal, se observa que si la cosa adolece de vicios, el comprador, de acuerdo al art. 1492.I CC ital. 1942 (878), puede optar entre resolver el contrato o reducir el precio (879). En cambio, si

dice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca", 2.ª ed., (1981), pp. 303-316.

877) Conscientemente empleamos el término "parece", puesto que la doctrina italiana ha acercado profundamente los regímenes de los vicios y del defecto de calidad. Un ejemplo de lo que decimos es el de las acciones que cada una de estas figuras desencadena, que, aunque depende de la interpretación que cada autor hace de los distintos textos, son básicamente muy similares; véanse al respecto, si no, infra, las notas n.º 879 y n.º 880.

Son de destacar las palabras de D. RUBINO, quien llega a afirmar que pese a la aparente diferencia creada por el legislador, al haber regulado los vicios y el defecto de calidad en artículos diferentes, lo cierto es que entre ambas figuras no existe tal distinción ["La compravendita", en "Trattato di diritto civile e commerciale diretto dai professori A. Cicu e F. Messineo", 2.ª ed., (1962), pp. 759-764, especialmente la p. 764; esta misma idea también se encuentra en su trabajo "La responsabilidad por defecto de calidad en la compraventa y sus diferencias con la garantía por vicios según el Código civil italiano" en RDP, (1953), pp. 165-168, 173 y 178; hemos de aclarar que el último trabajo citado es una traducción, ciertamente con alguna que otra diferencia, de algunos apartados de la obra citada en primer lugar ("La compravendita"), traducción que es de la primera edición (1952), y no de la segunda (1962), que es la que nosotros empleamos].

878) Art. 1492.I CC ital. 1942: "Nei casi indicati dall'articolo 1490 il compratore può domandare a sua scelta la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo, salvo che, per determinati vizi, gli usi escludano la risoluzione".

879) Hemos de advertir que el comprador no siempre dispone de esta opción. En determinados supuestos puede reducir el precio, pero, en cambio, no puede resolver. Tales casos están especificados en el Código civil. Uno se produce cuando los usos excluyen la resolución, en relación a determinados vicios (final del art. 1492.I CC ital. 1942, transcrito en la nota

la cosa adolece de un defecto de calidad, el comprador, de

anterior a ésta). El otro, cuando la cosa, estando en manos del comprador, perece por su culpa o por caso fortuito, o la ha enajenado o transformado (art. 1492.III CC ital. 1942: "Se la cosa consegnata (...); se invece è perita per caso fortuito o per colpa del compratore, o se questi l'ha alienata o trasformata, egli non può domandare che la riduzione del prezzo").

La doctrina italiana se ha planteado si el comprador, junto a las acciones de reducción de precio y resolutoria, cuenta con una acción de cumplimiento. Esta acción de cumplimiento implicaría, en relación a la compraventa genérica, que el comprador pudiera exigir la sustitución de la cosa por otra carente de vicios, y en relación a la compraventa específica, la reparación de la cosa entregada, siempre y cuando ello fuera factible, y a expensas del vendedor.

Sobre la presente cuestión, los autores italianos han sostenido las dos posibles respuestas. En este sentido, mientras unos admiten que el comprador también dispone de una acción de cumplimiento, otros, en cambio, lo niegan.

a) Entre los primeros se encuentran: D. RUBINO, quien sólo lo admite para el caso de que el vendedor sea culpable, y tanto si la compraventa es genérica como específica ["La compravendita", en "Trattato di diritto civile e commerciale diretto dai professori A. Cicu e F. Messineo", 2.ª ed., (1962), pp. 825-830]; P. GRECCO/G. COTTINO lo admiten sólo en la compraventa genérica, y también sólo cuando el vendedor es culpable; consideran que la acción de cumplimiento está implícitamente contenida en la acción de resarcimiento del daño, del art. 1494 CC ital. 1942 (similar a nuestro art. 1486.II CC) ["Della vendita. (Art. 1470-1547)", en "Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca", 2.ª ed., (1981), pp. 277-282]; L. CABELLA PISU, aunque se limita a exponer el estado doctrinal y jurisprudencial de la cuestión, da a entender que es partidaria de admitir una acción de cumplimiento en la compraventa genérica y en la específica ["Garanzia e responsabilità nelle vendite civili e commerciali", (1983), pp. 230-237].

b) Entre los segundos está F. MARTORANO, quien niega que el comprador pueda disponer de una acción de cumplimiento, tanto si la compraventa es específica, como si es genérica, pero en este último caso tan sólo cuando ya ha tenido lugar la individualización de la cosa. Entre otras razones: señala el tenor literal del art. 1492.I CC ital. 1942; el art. 1512.I CC ital. 1942 que, si bien admite una acción de cumplimiento, sólo lo hace cuando las partes han pactado expresamente una cláusula de buen funcionamiento; que el contrato de compraventa implica una obligación de dar, y no una de hacer; que el art. 1516 CC ital. 1942 piensa en el momento anterior a la individualización; etc ["La tutela del compratore per i vizi della cosa", (1959), pp. 37 a 45 y 110 a 120].

c) En cuanto a la posición sostenida por la jurisprudencia italiana, L.G. CONTURSI LISI señala cómo hasta 1970, aproximadamente, los tribunales inferiores, unas veces han admitido que el comprador dispone de una acción de cumplimiento, y otras, lo han negado; en cambio, el Tribunal de casación no lo admitió en las dos ocasiones que de ello conoció ["La compravendita", en "Giurisprudenza sistematica civile e commerciale" diritta da W.

acuerdo al art. 1497.I CC ital. 1942, puede resolver el contrato "según las disposiciones generales sobre la resolución por incumplimiento"; o sea, las contenidas en los arts. 1453 a 1462 CC ital. 1942 (880).

Bigiavi, (1970), pp. 570-576]; P. GRECCO/G. COTTINO, cuya obra, como ya sabemos, es de 1981, dicen que la casación mayoritariamente niega al comprador la acción de cumplimiento, si bien señalan que la misma no es, en cambio, uniforme en los principios en que apoya tal rechazo [op. cit., pp. 279-280].

880) Transcribimos el art. 1497.I CC ital. 1942 supra, en nota n.º 876.

A propósito de él, la doctrina italiana ha hecho dos precisiones, ambas relacionadas con las acciones de que el comprador dispone cuando se le entrega una cosa con un defecto de calidad.

a) La primera es que dicho artículo no debe interpretarse literalmente. Esto es, no debe entenderse, que si la cosa adolece de un defecto de calidad, el comprador sólo tiene la posibilidad de resolver el contrato. Realmente, éste puede, o resolver el contrato, o pedir su cumplimiento.

La oportunidad de la acción de cumplimiento se justifica, entre otras razones, en que la remisión que el art. 1497 CC ital. 1942 hace a las disposiciones generales sobre resolución por incumplimiento, abarca a todas, sin excepción alguna, y entre éstas está el art. 1453 CC ital. 1942, que prevé tal acción de cumplimiento (en la nota n.º 898, transcribimos el art. 1453.I CC ital. 1942, el cual prevé también la posibilidad de la acción indemnizatoria) [R. LUZZATO "La compraventa" trad. esp. de la 1.ª ed. italiana, (1953), pp. 322-323; D. RUBINO "La compravendita", en "Trattato di diritto civile e commerciale diritto dai professori A. Cicu e F. Messineo", 2.ª ed., (1962), pp. 893-896; G. AMORTH "Errore e inadempimento nel contratto", (1967), pp. 132-134; P. GRECCO/G. COTTINO "Della vendita. (Art. 1470-1547)", en "Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca", 2.ª ed., (1981), pp. 312-313].

b) La segunda precisión va referida a si el comprador puede ejercitar la acción de reducción de precio, cuando la cosa adolece de un defecto de calidad. Diversos autores lo admiten, si bien lo justifican en distintas razones.

Así, algunos lo fundamentan en la acción indemnizatoria que prevé el art. 1453 CC ital. 1942: una posible indemnización de los daños sufridos por el comprador consiste en la reducción del precio en la medida de la diferencia existente entre el menor valor de la cosa, por el defecto de calidad, y el mayor valor que la misma hubiera tenido sin dicho defecto de calidad [D. RUBINO, op. cit., pp. 892-893; P. GRECO/G. COTTINO, op. cit., pp. 313-314; F. GALGANO "Diritto civile e commerciale", vol. II, (1990), p. 15].

En cambio, F. MARTORANO justifica la acción de reducción del precio en una aplicación analógica del remedio edilicio al supuesto del defecto de calidad ["La tutela del compratore per i vizi della cosa", (1959), pp. 30-32].

Entre los aspectos coincidentes del régimen de los vicios y el de los defectos de calidad, está el del plazo de denuncia: plazo dentro del cual el comprador tiene que comunicar al vendedor la existencia del vicio o del defecto de calidad en la cosa. En ambos casos, el comprador dispone de un plazo de ocho días, cuyo cómputo se inicia a partir del descubrimiento del vicio o del defecto de calidad; es un plazo de caducidad (881).

Otro aspecto coincidente es el relacionado con el plazo de ejercicio de la correspondiente acción. Tanto si la cosa adolece de un vicio, como si tiene un defecto de calidad, el comprador cuenta con un plazo de un año para ejercitar su acción. Dicho año comienza a contarse a partir de la entrega de la cosa, y está sometido al régimen de la prescripción (882).

881) Art. 1495.I CC ital. 1942: "Il compratore decade dal diritto alla garanzia, se non denuncia i vizi al venditore entro otto giorni dalla scoperta, salvo il diverso termine dalle parti o dalla legge".

Art. 1497.II CC ital. 1942: "Tuttavia il diritto di ottenere la risoluzione è soggetto alla decadenza e alla prescrizione stabilite dall'articolo 1495".

882) Art. 1495.III CC ital. 1942: "L'azione si prescrive, in ogni caso, in un anno dalla consegna, ma il compratore, che sia convenuto per l'esecuzione del contratto, può sempre far valere la garanzia, purché il vizio della cosa sia stato denunciato entro otto giorni dalla scoperta e prima del decorso dell'anno dalla consegna".

También el art. 1497.II CC ital. 1942, transcrito en la nota que antecede a ésta.

8.2. La 'Relazione' del Ministro del 'Guardasigilli': El propósito unificador de los plazos de denuncia y de ejercicio de la acción en los supuestos de vicios y defectos de calidad: Razones para la unificación. El expreso conocimiento del 'aliud pro alio' como figura independiente.

[189].- Tal propósito de unificación de los plazos nos lo descubre la "Relazione" que el Ministro del "Guardasigilli" hizo al Rey, con relación al nuevo Código civil de 1942 (883).

La 'Relazione' parte de la situación anterior: la disciplina del Código civil de 1865 sobre la garantía del vendedor por vicios y defectos en la cosa. Recuerda cómo para ejercitar la acción redhibitoria, consecuencia de los vicios, existían varios plazos, y cómo para ejercitar la acción resolutoria, consecuencia del defecto de calidad, operaba la larga prescripción ordinaria. De aquí derivaba una "primera y difícil indagación judicial": la de distinguir entre vicio y defecto de calidad (884).

883) Recordemos que la "Relazione" es una extensa exposición en la que el Ministro del "Guardasigilli", siguiendo el articulado del nuevo Código civil, va dando cuenta de las principales innovaciones que éste conlleva. Se halla publicada en la Gazzeta Ufficiale [G.U. Sabato, de 4 de aprile de 1942, parte prima].

884) G.U. Sabato, de 4 de aprile de 1942, parte prima, n.º 670, p. 146.

Dicho Ministro también añadía otra dificultad: la de distinguir entre relaciones civiles y relaciones comerciales. En este sentido destaca cómo para las relaciones comerciales el Código de comercio establecía un plazo de dos días para la denuncia del defecto. Obviamente, el Ministro de "Guardasigilli" se refería al art. 70 CCO ital. 1882 que decía: "El comprador de mercaderías ó de frutos procedentes de otra plaza, deberá manifestar al vendedor los vicios aparentes de aquéllos en los dos días siguientes á su recibo, á no ser que se necesitare mayor tiempo, en razón de las condiciones particulares de la cosa vendida ó de la persona del comprador.

La manifestación de los vicios ocultos deberá hacerla el comprador dentro de los dos días siguientes al en que los hubiere descubierto, siendo aplicables en todo caso las disposiciones del art. 1505 del Código civil. (...)" [ROMERO GIRON/GARCIA MORENO "Colección de las Instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos", tomo III, (1885)].

Dicha dificultad estaba reflejada en el impresionante número de litigios existentes en este campo, lo cual incidía sobre la economía del contrato de compraventa. Es esto lo que ha inducido, en palabras del Ministro, a "afrontar y resolver el problema de modo unitario respecto a los términos y las condiciones para la acción" (885). No se trata sin embargo, de una unificación plena; por el contrario, se trata de una unificación sólo parcial.

El contenido de esta parcial unificación, que ya conocemos (886), es aclarado por el Ministro del "Guardasigilli". Consiste, en síntesis, en que tanto para el caso de vicios como para el del de defectos de calidad, el comprador tiene que denunciar en un plazo de ocho días, y ejercitar su acción en el plazo de un año (887).

Finalmente, la "Relazione" menciona la figura del 'aliud pro alio'. Al respecto, señala que a partir de ahora sólo será posible "evadir el segundo párrafo del art. 1497" (888), "cuando la cosa entre en un género del todo diverso a aquel contratado" (889).

885) G.U. Sabato, de 4 de aprile de 1942, parte prima n.º 670, p. 146.

886) Supra, n.ºm. 188.

887) G.U. Sabato, de 4 de aprile de 1942, parte prima, n.º 670, p. 146.

888) Transcrito supra, nota n.º 881. Recordemos que el mismo remite al art. 1495 CC ital. 1942, que señala los plazos de denuncia y de ejercicio de acción en el caso de vicios.

889) G.U. Sabato, de 4 de aprile de 1942, parte prima n.º 670, p. 146.

8.3. El desarrollo jurisprudencial del sistema del Código civil italiano de 1942: Vicio, defecto de calidad, 'aliud pro alio'. La política de protección al comprador. Algunos casos típicos.

[190].- Ante un supuesto de anomalías cualitativas en el objeto, la jurisprudencia italiana dispone, en principio y teóricamente, de tres categorías jurídicas diferentes, en las cuales puede subsumirlo y aplicarle el oportuno remedio. Dichas categorías, ya conocidos desde antes de la entrada en vigor del Código civil de 1942 (890), son: el vicio, el defecto de calidad, y el 'aliud pro alio'.

De las tres, dos, lo acabamos de decir (891), están expresamente contempladas por el Código civil, en su regulación del contrato de compraventa. Se trata de los vicios (cfr. arts. 1490 a 1496) y del defecto de calidad (cfr. art. 1497). En cambio, la tercera, el 'aliud pro alio', no está en el Código civil (892); es una creación fundamentalmente de carácter jurisprudencial.

[191].- Según la jurisprudencia italiana, vicio es toda imperfección que deriva del proceso de producción, fabricación o formación de la cosa objeto del contrato (893). Un ejemplo, es

890) Al respecto, *infra*, nota n.º 903.

891) En el n.ºm. 188.

892) Entre otros autores lo señalan, por ejemplo: G. AMORTH "Errore e inadempimento nel contratto", (1967), p. 149; F. GALGANO "Diritto civile e commerciale", vol. II, (1990), p. 9.

893) L.G. CONTURSI LISI dice que la sentencia de 31 de marzo de 1952 (casación civil) fue la primera que fijó tal concepto de vicio oculto ["La compravendita", en "Giurisprudenza sistematica civile e commerciale" diretta da W. Bigiavi, (1970), p. 532;

la máquina que funciona mal; otro, la impureza que contiene un metal (894).

El defecto de calidad existe, también según ella, cuando, bien la naturaleza de la cosa entregada, bien los elementos que la caracterizan, hacen que pertenezca a un "tipo" o "especie" distinto del pactado. Esto no implica que la cosa de distinto tipo o especie, no pertenezca al género determinado en el contrato.

Un ejemplo de defecto de calidad es la entrega por el vendedor de un vestido que no es de pura lana, tal y como se pactó, sino de una mezcla entre lana y fibra sintética; otro, la entrega de productos agrícolas, cuyo fin era su exportación, de calidad diferente a la pactada (895).

Pese a que los vicios ocultos y el defecto de calidad se consideran categorías diferentes, comparten entre sí el que la cosa que materialmente entrega el vendedor pertenece al género

en las pp. 533 a 535 alude a una serie de sentencias posteriores a la anteriormente citada, que identifican vicio con defecto de fabricación].

894) Estos dos ejemplos los hemos tomado de F. GALGANO "Diritto civile e commerciale", vol II, (1990), p. 9. En cuanto al ejemplo del metal que contiene impurezas, no se olvide, que según el art. 1490 CC ital. 1942, también existe vicio en la cosa, si éste disminuye, de modo apreciable, su valor. En este sentido F. Galgano pone también el ejemplo de una impureza en los objetos de cristal.

895) Estos otros ejemplos los hemos tomado de F. GALGANO "Diritto civil e commerciale" vol. II, (1990), p. 9. También A. TRABUCCHI "Istituzioni di diritto civile", 33.ª ed., (1992), p. 687.

determinado en el contrato. No ocurre del mismo modo en el 'aliud pro alio'. Este existe, cuando la cosa que el vendedor da es completamente diversa de aquélla que se pactó, lo cual ocurre, cuando se entrega una cosa que pertenece a género distinto del pactado (896).

La constatación de que hubo divergencia entre la cosa dada materialmente y el género determinado contractualmente la realiza la jurisprudencia italiana de la siguiente forma: Nos encontramos ante un supuesto de 'aliud pro alio', si la cosa entregada no cumple funcionalmente el fin que le asigna un criterio económico-social, derivando de aquí el que las necesidades del comprador no se hayan satisfecho (897).

[192].- La importancia práctica de esta creación jurisprudencial del 'aliud pro alio' radica en el régimen que se le asocia: el de las normas generales del incumplimiento. De forma muy esquemática, advirtamos que dicho régimen permite al comprador optar entre pedir el cumplimiento del contrato o su re-

896) Recuérdese lo que decía el Ministro del "Guardasigilli" supra, n.ºm. 189.

897) Para este concreto punto de la exposición --el de la jurisprudencia italiana-- nos hemos basado en los siguientes autores y obras: F. MARTORANO "La tutela del compratore per i vizi della cosa", (1959), p. 125; L.G. CONTURSI LISI "La compravendita", en "Giurisprudenza sistematica civile e commerciale", (1970), pp. 528-543; P. GRECO/G. COTTINO "Della vendita (Art. 1470-1547)", en "Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca", 2.ª ed., (1981), pp. 230 y 238-241; L. CABELLA PISU "Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali", (1983), pp. 196-199; E. GABRIELLI "La consegna di cosa diversa", (1987), pp. 1 y 24-25; C.G. TERRANOVA "La garanzia per vizi della cosa venduta", en RTDPC, (1989), pp. 87-89 y 93-94; F. GALGANO "Diritto civile e commerciale", vol. II, (1990), pp. 9-10.

solución; además de esto, puede ejercitar una acción indemnizatoria por los posibles daños sufridos (art. 1453 CC ital. 1942) (898). El plazo de ejercicio de cualquiera de estas acciones es de 10 años; es además un plazo de prescripción (899).

Con esta escueta referencia al régimen general del incumplimiento se justifica la afirmación de que la calificación de 'aliud pro alio', en un caso dado, conduce a una mayor protección de los intereses de los compradores, que la protección que ofrece la calificación del mismo caso como supuesto de vicios, o de defecto de calidad.

Dejando al margen el aspecto de las diferentes acciones a que conduce cada uno de los anteriores regímenes (900), destaca de inmediato la gran diferencia que en materia de plazos existe entre los vicios y defectos de calidad, y el 'aliud pro alio'.

En este sentido recordemos, cómo en el supuesto de vicios y en el de defectos de calidad, el comprador dispone de un plazo de ocho días para su denuncia; plazo que se computa a partir del descubrimiento, y es de caducidad (art. 1492.I CC ital.

898) Art. 1453.I CC ital. 1942: "Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno".

Sobre este artículo consúltese A. LUMINOSO y U. CARNEVALI "Della risoluzione per inadempimento. (Art. 1453-1454)", tomo I-1, en "Commentario del codice civile Scialoja-Branca a cura de F. Galgano", (1990), pp. 1-430.

899) Art. 2946 CC ital. 1942: "Salvi i casi in cui la legge dispone diversamente, i diritti si estinguono per prescrizione con il decorso di dieci anni".

900) Sobre las acciones derivadas de los vicios y del defecto de calidad, recuérdese lo dicho supra, en notas n.º 879 y n.º 880.

1942). Y del plazo de un año, para el ejercicio de la acción, computado desde la entrega de la cosa y sometido a las reglas de la prescripción (art. 1492.II CC ital. 1942).

Frente a esto, en primer lugar, la figura del 'aliud pro alio' no exige del comprador una previa denuncia, como requisito imprescindible para el éxito de su acción. Y en segundo lugar, el plazo de ejercicio de la acción derivada del 'aliud pro alio' es un plazo sustancialmente más amplio que el de los vicios y defectos de calidad (diez años en lugar de uno), y también es de prescripción.

El que este último régimen sea más favorable a los intereses de los compradores, ha dado lugar a que la jurisprudencia italiana haya tendido, tras 1942 y de manera progresiva, a extenderlo, calificando de 'aliud pro alio' los supuestos (901). En este sentido, casos típicos, en cuanto que repetidamente habían sido sometidos a su conocimiento, en los que aquella oscilaba (al margen de la utilización de otras figuras) entre calificarlos como vicios o como defectos de calidad, actualmente suele subsumirlos dentro del 'aliud pro alio' (902).

Y a su vez, esta tendencia jurisprudencial hacia la calificación del 'aliud pro alio' ha provocado que el centro de la polémica jurisprudencial se haya desplazado. Si, con anterioridad a la entrada en vigor del Código civil de 1942, la juris-

901) L. CABELLA PISU "Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali", (1983), pp. 196 y 200; E. GABRIELLI "La consegna di cosa diversa", (1987), p. 9; C.G. TERRANOVA "La garanzia per vizi della cosa venduta", en RTDPC, (1989), p. 93.

902) Para esta afirmación, nos remitimos a lo que un poco más abajo exponemos, en el n.ºm. 193.

prudencia italiana centró básicamente sus esfuerzos en buscar criterios que le permitieran diferenciar los vicios de los defectos de calidad, ahora dichos esfuerzos los centra en la búsqueda de criterios que le permitan distinguir entre el defecto de calidad y el 'aliud pro alio' (903).

903) En el tema de las anomalías cualitativas de la cosa, el sistema del Derecho italiano, anterior al Código civil de 1942, es sustancialmente distinto del que instaura dicho Código con su alusión expresa a los vicios (art. 1490 CC ital. 1942) y al defecto de calidad (art. 1497 CC ital. 1942).

Tanto el CC ital. 1865 como el CCO ital. 1882 sólo contemplan la figura de los vicios ocultos, y no, la del defecto de calidad:

a) El art. 1501 CC ital. 1865 da al comprador, cuando la cosa adolece de un vicio oculto, la opción entre desvincularse del contrato o reducir el precio. El art. 1505 CC ital. 1865 precisa el tiempo durante el cual el comprador puede interponer la acción redhibitoria, diferenciado según cual fuera el objeto de la compraventa: si es inmueble, un año; si es un animal, cuarenta días; y si es otro bien mueble, tres meses. En los tres casos el cómputo de los plazos se inicia desde la entrega de la cosa.

b) El párrafo segundo del art. 70 CCO ital. 1882 (transcrito supra, nota n.º 884) impone al comprador la denuncia del defecto al vendedor, en los dos días siguientes a su descubrimiento. Además, se remite al art. 1505 CC ital. 1865 en materia de plazos de ejercicio de acción. [ROMERO GIRON/GARCIA MORENO "Colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos", tomo III, (1885)].

Aunque ni el legislador de 1865, ni tampoco el de 1882, previeron un encuadre expreso para la categoría del defecto de calidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia italiana se plantearon su existencia, básicamente por influencia de la doctrina francesa. El problema que de ello inmediatamente derivó, fue la determinación de su régimen jurídico.

Dado que no nos interesa el Derecho italiano anterior al CC ital. de 1942, por sí mismo, sino tan sólo en cuanto que nos permite comprender por qué el legislador de 1942 sometió el defecto de calidad a los plazos de los vicios (cfr. art. 1497.II CC ital. 1942) y por qué hoy la jurisprudencia tiende a la calificación del 'aliud pro alio', tan sólo hemos de precisar que, aún existiendo otras opiniones, puede afirmarse, en síntesis, que la mayoría de la doctrina entendía aplicable al defecto de calidad, bien la acción de error sobre una cualidad sustancial (art. 1110 CC ital. 1865), bien la acción resolutoria por incumplimiento (art. 1165 CC ital. 1865) [F. BIANCHI "Azione di nullità per errore e azione per vizi redibitori nella vendita", en R. Scien. Giu., (1891), pp. 346-355; U. NAVARRINO "Trattato teorico-pratico di diritto commerciale", vol. II, (1920), p. 269; L. TARTUFARI "Della vendita e del riporto", en "Il Codice di commercio commentato, coordinato dai professori L. Bolaffio e C. Vivante", 5.ª ed., vol. III, (1925), n.º 365,

[193].- A continuación exponemos tres ejemplos que sirven de botón de muestra sobre cómo la jurisprudencia italiana ha forzado la argumentación del 'aliud pro alio'. Como de inmediato se verá, esto lo ha hecho con mayores y menores vacilaciones; asimismo ha oscilado entre distintas calificaciones.

pp. 382-387].

En cuanto a la jurisprudencia italiana anterior a 1942, ésta también se planteó dicha cuestión y centró su atención en identificar el criterio que le permitía diferenciar el vicio del defecto de calidad, puesto que, al margen del tema de las acciones, era evidente el distinto plazo que cada una de aquellas figuras (vicio, error e incumplimiento) implicaba en el ejercicio de acciones.

Para cortar la dificultad de diferenciar entre el vicio y el defecto de calidad, el legislador italiano de 1942 reguló en el art. 1497, por primera vez, el defecto de calidad, y lo configuró como supuesto de incumplimiento; asimismo, lo sometió a los mismos plazos que el art. 1495 CC ital. 1942 impone para los vicios.

Pero el problema vuelve a surgir porque el legislador se "olvidó" regular la otra y tercera categoría, que ya era conocida desde antes de 1942 (L. TARTUFARI op. cit., n.º 364, pp. 381-382; también el n.º 395): la del 'aliud pro alio'. Esta falta de regulación supuso dejar abierta la posibilidad teórica de escapar de las figuras de los vicios y del defecto de calidad acudiendo a la del 'aliud pro alio', y esto es, precisamente, lo que ha hecho la jurisprudencia italiana con el fin de poder ofrecer al comprador una adecuada tutela. Es por ello lógico, que el problema que más acuciantemente se plantea ahora la jurisprudencia italiana, sea el de identificar el criterio que le permite diferenciar el supuesto del defecto de calidad, del supuesto del 'aliud pro alio'.

De aquí deriva, el que la doctrina italiana suela afirmar que la pretensión del legislador de 1942 de reducir la anterior gran litigiosidad, no se ha alcanzado.

Entre otros: V. ANGELONI "Consegna di cose mancanti di qualità pattuite o essenziali e consegna di cose diverse ('aliud pro alio')", en RTDPC, (1959), pp. 795-797; G. AMORTH "Errore e inadempimento nel contratto", (1967), pp. 122-123; L. CABELLA PISU "Orientamenti dottrinali in tema di garanzia e responsabilità del venditore (profili storici)", RDC, (1978), pp. 429, 437-439, y 449 a 451; este trabajo constituye el primer capítulo de su obra "Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali", (1983), pp. 1-55; E. GABRIELLI "La consegna di cosa diversa", (1987), pp. 11-15; C.G. TERRANOVA "La garanzia per vizi della cosa venduta", en RTDPC, (1989), pp. 86-87.

El expediente que emplea en estos tres casos --que es la manera usual con la cual razona para llegar al 'aliud pro alio'-- consiste en identificar cuáles son, desde el punto de vista socio-económico, las cualidades que conforman el género acordado por las partes. Estas cualidades identificadoras del género desempeñan un papel fundamental: constituyen la regla a la cual debe ajustarse la cosa que el vendedor materialmente dé. De aquí, el que cualquier divergencia, de carácter grave, que exista entre la cosa entregada y el género determinado en el contrato merezca la calificación de entrega de cosa diversa o 'aliud pro alio'. Adviértase que esta deducción jurisprudencial se produce con independencia de que las partes hubieran celebrado una compraventa específica o una genérica.

Los ejemplos a los que vamos a referirnos son: a) la venta de una obra de arte; b) la venta de un vehículo de segunda mano; y c) la venta de un piso. En principio, parecen más tipificables en compraventas específica, que en la genérica.

a) Los hechos que en este primer ejemplo se enjuician consisten en la venta de una obra de arte, en la que más tarde se descubre, bien que es falsa, bien que pertenece a otro autor, escuela o época.

Las soluciones jurisprudenciales dadas a este tipo de casos oscilan entre la calificación como error en el consentimiento, o como incumplimiento (904). Esta diferente califica-

904) G. AMORTH "Errore e inadempimento nel contratto", (1967), pp. 156-157 y notas n.º 27 y n.º 28.

Para el ordenamiento francés, véase TRIGEAUD, "L'erreur de l'acheteur. L'authenticité du bien d'art. (Etude critique)", RTDC, (1982), pp. 55-85. Trata de la aplicación del error vicio al problema de la autenticidad de la obra de arte, desde la concepción "objetiva" y "subjetiva" de la sustancia en la cosa. También de la garantía por vicios ocultos. Finalmente, de la garantía contractual, explícita o implícita, de la autenticidad

ción depende de la conducta desarrollada por el vendedor en la formación del contrato.

Así, si el vendedor nada ha indicado --ni tácita, ni expresamente-- sobre la autenticidad de la obra de arte enajenada, el comprador tan solo podrá alegar que su consentimiento está viciado por error (905).

En cambio, si el vendedor ha atribuido o garantizado que la obra pertenecía a determinado autor, escuela, o época, y luego se descubre la falsedad de dicha atribución, el comprador dispone de las acciones generales por incumplimiento. La causa

de la obra de arte, en donde destaca, cómo los jueces tienen presente las cláusulas de estilo, que en este tráfico designan al objeto del contrato, el comportamiento de la partes, así como el precio de la obra.

905) El art. 1428, primero de los que disciplinan en el CC ital. de 1942 la figura del error, exige, para que éste sea relevante, que sea esencial y reconocible por el otro contratante.

E. GABRIELLI aclara un aspecto problemático, que la aplicación de la figura del error a las ventas de obras de arte conlleva. Así, por un lado, ha de tenerse en cuenta la dificultad que existe para determinar la "identidad" de la obra de arte, tanto en lo que respecta a su paternidad, cuanto en lo que respecta a su concreción histórica. Por otro lado, la reglamentación contenida en los arts. 1428 y ss CC ital. 1942 no puede aplicarse a errores que recaigan sobre hechos no determinables o ciertos (carácter aleatorio) y en este sentido lo es el dato de la identidad de la obra de arte.

La solución, a fin de poder aplicar la figura del error a las ventas de obra de arte, consiste en sustituir ese dato de la "paternidad efectiva" por el del "estado actual de la crítica" sobre la paternidad de la obra. El estado de la crítica sí es un hecho cierto, y de aquí el que sea relevante el error que recae sobre el estado de la crítica que atribuye, en el momento de la celebración del contrato, la obra a un determinado autor, época, etc. De todas formas, reconoce E. GABRIELLI, no se trata de un explicación exhaustiva porque piénsese, por ejemplo, en aquellas obras de arte sobre las cuales no existe un estado de la crítica ["La consegna di cosa diversa", (1987), pp. 43-46].

de ello es que el vendedor ha entregado una cosa diversa de la pactada; es decir, ha dado un 'aliud pro alio'.

El razonamiento jurisprudencial para llegar a esta calificación es el siguiente: el género al cual pertenece el objeto del contrato es el de obra de arte de tal autor, o de tal escuela, o de tal época --elemento de identificación--; el objeto material dado es un objeto que no es de tal autor, o de tal escuela, o de tal época; en consecuencia, se ha entregado una cosa que no pertenece al género pactado --no reúne sus cualidades--, y esta divergencia entre objeto contractual y objeto material merece la calificación de entrega de cosa diversa o 'aliud pro alio' (906).

Por último hemos de señalar, que algunos autores italianos consideran que la solución a los casos de ventas de obra de arte, que posteriormente se descubren falsas, ha cambiado tras la ley de 20 de noviembre de 1971 (907). Esta ley, aparte de determinar una serie de sanciones de carácter penal, impone al vendedor la obligación de declarar la autenticidad de la obra, así como la de indicar su procedencia (908). La consecuencia de

906) L.G. CONTURSI LISI "La compravendita", en "Giurisprudenza sistematica civile e commerciale" diretta W. Bigiavi, (1970), pp. 554-556; P. GRECO/G. COTTINO "Della vendita", en "Commentario del codice civile a cura de A. Scialoja e G. Branca", 2.ª ed., (1981), pp. 244-246; L. CABELLA PISU "Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali", (1983), p. 204; E. GABRIELLI "La consegna di cosa diversa", (1987), pp. 42-43 y 46.

907) Concretamente, nos referimos a la ley n.º 1062, de 20 de noviembre de 1971, Norme penali sulla contraffazione od alterazione di opera d'arte (G.U. 17 dicembre 1971).

908) Art. 2, párrafo segundo: "All'atto della vendita il titolare dell'impresa o l'organizzatore dell'esposizione è tenuto a rilasciare all'acquirente copia fotografica dell'opera o dell'oggetto con retroscritta dichiarazione di autenticità e indicazione della provenienza, recanti la sua firma".

todo esto, según dichos autores, es que la venta de obra de arte no auténtica debería declararse nula (909).

b) El caso del segundo ejemplo consiste en la venta de un vehículo automóvil que no puede ser matriculado en el registro público correspondiente porque, o bien carece de número de motor, o bien, teniéndolo, el mismo es falso. Esto se traduce en que, aunque el vehículo pueda de hecho circular, no puede hacerlo desde el punto de vista jurídico.

Aquí, la jurisprudencia italiana también ha oscilado entre distintas calificaciones. Utiliza la de nulidad por imposibilidad originaria del objeto, la de anulabilidad por error, la de resolución por alienación de la cosa, y, finalmente, la del 'aliud pro alio'. De todas ellas, parece que la mencionada en último lugar, la del 'aliud pro alio', es la solución mayormente utilizada (910).

La argumentación que emplea para llegar al 'aliud pro alio' es que la imposibilidad de que el vehículo pueda circular degrada a éste en un género diferente al de "vehículos", que se compone de aquéllos que pueden desde el punto de vista jurídico

909) L. CABELLA PISU "Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali", (1983), pp. 204-205; E. GABRIELLI "La consegna di cosa diversa", (1987), pp. 49-50.

910) G. AMORTH "Errore e inadempimento nel contratto", (1967), p. 148.

Situados en nuestro ordenamiento, recuérdese la STS de 14 de diciembre de 1983 (supra, nota n.º 565), que calificó de 'aliud pro alio' la entrega de un automóvil que el comprador no pudo matricular. Sobre los problemas a que las ventas de vehículos usados pueden conducir, véase el trabajo de ORTI "La compraventa de vehículos usados: caracteres y efectos", en RDP, (1987), pp. 120-144.

circular, y que fue el género que se pactó (911).

c) En las enajenaciones de pisos (tercero y último ejemplo) la jurisprudencia italiana distingue dos casos: la venta de un piso que viola las oportunas normas urbanísticas, y la de un piso que carece de licencia de habitabilidad. No obstante esta distinción, es de advertir que el supuesto descrito en segundo lugar cubre una parte del descrito en el primero. Es relativamente frecuente, que la falta de licencia de habitabilidad sea, sin más, consecuencia de que el piso se construyó en contravención de normas urbanísticas (912).

En el primer caso --piso construido violando alguna norma urbanística-- la jurisprudencia italiana tiende a aplicar la disciplina de la evicción, cuando sobre el piso existe un orden de demolición, ya sea ésta total, ya parcial.

En cambio, si no existe tal orden, pero tampoco puede excluirse la eventualidad de que en el futuro ésta pueda llegar a existir, la jurisprudencia italiana aplica el régimen que el art. 1489 CC ital. 1942 (913) contiene para la garantía por

911) L.G. CONTURSI LISI "La compravendita", en "Giurisprudenza sistematica civile e commerciale" diretta da W. Bigiavi, (1970), pp. 546-551; L. CABELLA PISU "Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali", (1983), pp. 206-210; E. GABRIELLI "La consegna di cosa diversa", (1987), pp. 50-54; C.G. TERRANOVA "La garanzia per vizi della cosa venduta", en RTDPC., (1989), pp. 96-97.

912) L. CABELLA PISU "Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali", (1983), p. 155.

913) Art. 1489 CC ital. 1942: "Se la cosa venduta è gravata da oneri o da diritti reali o personali non apparenti che ne diminuiscono il libero godimento e non sono stati dichiarati nel contratto, il compratore che non ne abbia avuto conoscenza può domandare la risoluzione del contratto oppure una riduzione del prezzo secondo la disposizione dell'articolo 1480.

Si osservano inoltre, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 1481, 1485, 1486, 1487 e 1488".

cargas (914).

En el segundo supuesto --esto es, el del piso que carece de licencia de habitabilidad-- la jurisprudencia italiana recurre, a fin de proteger al comprador, a un mayor número de figuras.

Así, ha aplicado la disciplina de la evicción o la de la garantía por cargas del art. 1489 CC ital. 1942, según que haya o no una orden de demolición del piso.

Asimismo, ha calificado la falta entrega de la licencia de habitabilidad, como infracción de la obligación que el vendedor tiene de dar los títulos y documentos relativos a la propiedad y uso de la cosa vendida (art. 1477 CC ital. 1942) (915). Esta infracción desencadena que se aplique el régimen de la responsabilidad contractual por incumplimiento. Ahora bien, esta solución la ha empleado cuando el comprador rehusó la recepción del piso.

Finalmente, y es lo que nos interesa, si una vez aceptado el piso, el comprador descubre la falta de la licencia de habitabilidad, la jurisprudencia italiana ha acudido a la figura del 'aliud pro alio'. Con este fin ha empleado el razonamiento que sigue, el cual ya nos es familiar: el género que las partes pactaron es el denominado "casa-habitación", cuya cualidad identificadora consiste, desde el punto de vista socio-económi-

914) L. CABELLA PISU "Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali", (1983), pp. 150-151.

915) Art. 1477.III CC ital. 1942: "Il venditore deve pure consegnare i titoli e i documenti relativi alla proprietà e all'uso della cosa venduta".

co, en que el piso sea habitable, en relación a sus condiciones "higiénico-sanitarias", y, dado que el objeto entregado no cumple esas condiciones, nos encontramos ante un 'aliud pro alio', con sus pertinentes consecuencias (⁹¹⁶).

8.4. Crítica de la doctrina italiana a los criterios empleados por la jurisprudencia en la distinción vicios, defectos de calidad y 'aliud pro alio'.

[194].- Aunque la doctrina italiana no deja de reconocer que los criterios que la jurisprudencia emplea en la distinción vicios, defecto de calidad y 'aliud pro alio' persiguen el fin práctico de alcanzar una adecuada protección del comprador, se muestra fuertemente crítica.

Las objeciones se centran, sobre todo, en el criterio utilizado para calificar un caso dado de 'aliud pro alio': el denominado criterio funcional. Como ya sabemos (⁹¹⁷), éste se fija en la función o en la utilidad que la cosa desempeña y permite calificar la entrega de una cosa que no sirve para la función o la utilidad concretada en el contrato --de forma expresa o tácita--, como entrega de cosa diversa o 'aliud pro alio'.

El problema de emplear un criterio funcional para delimitar el campo operativo del 'aliud pro alio', frente al de los vicios y al del defecto de calidad, consiste en la imprecisión que el mismo encierra, como tal criterio de discriminación de

⁹¹⁶) L. CABELLA PISU "Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali", (1983), pp. 155-157; E. GABRIELLI "La consegna di cosa diversa" (1987), pp. 31-36; C.G. TERRANOVA "La garanzia per vizi della cosa venduta", en RTDPC, (1989), p. 96.

⁹¹⁷) Supra, n.ºm. 124.

supuestos (918).

En este sentido la doctrina italiana afirma, cómo, en el fondo, tal criterio es el mismo que utiliza la propia jurisprudencia para calificar el defecto de calidad o el vicio. Todo esto porque, en cuanto al defecto de calidad, toda falta de calidad en el objeto dado por el vendedor supone una alteración de la idoneidad funcional del mismo; además, el art. 1497.I CC ital. 1942 expresamente tiene presente este dato del uso al cual la cosa es destinada ("non ha le qualità promesse ovvero quelle essenziali per l'uso a cui è destinata"). Y en cuanto a los vicios, porque también el propio legislador ha empleado un criterio funcional en su definición, al calificar como tales a aquéllos que hacen a la cosa inidónea al uso al cual es destinada (art. 1490 CC ital. 1942: "sia immune da vizi che la rendono inidonea all'uso a cui è destinata") (919).

Al lado de esta crítica algunos autores añaden una breve reflexión --la cual se traduce en alabanza-- sobre la conveniencia de unificar el régimen aplicable a los supuestos de vicios, defecto de calidad y 'aliud pro alio'. Además, dependiendo de la fecha de su trabajo, suelen hacer también una escueta

918) Recuérdese también lo dicho supra, en n.ºm. 135, cuando valorábamos el hecho de que la jurisprudencia española emplease en la calificación del 'aliud pro alio' un criterio funcional.

919) La presente crítica la realizan con mayor o menor contundencia los autores que siguen: F. MARTORANO "La tutela del compratore per i vizi della cosa", (1959), pp. 125-126 y 130; V. ANGELONI "Consegna di cose mancanti di qualità pattuite o essenziali e consegna di cose diverse ('aliud pro alio')", en RTDPC, (1959), pp. 802-806; L. CABELLA PISU "Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali", (1983), pp. 199-200; E. GABRIELLI "La consegna di cosa diversa", (1987), pp. 24-30; C. G. TERRANOVA "La garanzia per vizi della cosa venduta", en RTDPC, (1989), pp. 93-94.

referencia, como ejemplo de modelo ya tipificado, al Convenio de la Haya de 1 de julio de 1964, que aprueba la ley uniforme sobre la venta internacional de objetos muebles corporales, y a la Convención de Naciones Unidas, sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, aprobado en Viena el 11 de abril de 1980 (920).

9. La jurisprudencia del Tribunal Supremo: argumentos utilizados.

9.1. Observaciones previas.

[195].- Son convenientes dos previas observaciones.

La primera es que nos hemos encontrado con un menor número de sentencias del Tribunal Supremo que apliquen normas del Código de comercio (arts. 336, 342 y 345 CCO), que las que aplican normas procedentes del Código civil (arts. 1101 y 1124; 1484 y ss CC).

La explicación a este hecho no es, desde luego, una supuesta menor litigiosidad en el tráfico mercantil en compara-

920) P. GRECO/G. COTTINO "Della vendita. (Art. 1470-1547)", en "Commentario del codice civile a cura de A. Scialoja e G. Branca", 2.^a ed., (1981), pp. 232-233; E. GABRIELLI "La consegna di cosa diversa", (1987), pp. 15-16; C.G. TERRANOVA "La garanzia per vizi della vendita", en RTDPC, (1989), pp. 97-99.

V. ANGELONI, no obstante, no poder aludir a la Ley Uniforme sobre venta internacional de bienes muebles, aprobada en La Haya, el 1 de julio de 1964, ni a la Convención de las Naciones Unidas, celebrada en Viena, el 11 de abril de 1980, sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, por ser su trabajo de 1959, menciona al Proyecto de 1951 de ley uniforme sobre venta internacional de cosas muebles corporales, fruto de la Conferencia de La Haya sobre la venta ("Consegna di cosa mancanti di qualità pattuite o essenziali e consegna di cosa diverse ('aliud pro alio')", en RTDPC, (1959), pp. 806-807.

ción con la que hay en el civil. Quizá una causa posible de este hecho sea la mayor frecuencia con la que en el tráfico mercantil se acude a los arbitrajes para solucionar conflictos. Pero creemos que las verdaderas causas son las dos que siguen:

a) Una es, la aludida línea jurisprudencial que califica de civil la compraventa de "consumo empresarial" (921). Esta calificación impide, evidentemente, la aplicación de las normas del Código de comercio. Estas compraventas de "consumo empresarial" --estamos pensando en las adquisiciones de maquinaria industrial y en las de utillaje diverso-- constituyen un número relevante de los casos resueltos en las sentencias del Tribunal Supremo que hemos localizado y extractado en el apéndice final (922).

Frente a esto, cuando el Tribunal Supremo califica de mercantil la compraventa de que conoce, el objeto del contrato suele ser algún producto alimenticio o bebida (923), o algún producto o elemento a los que podemos denominar materias pri-

921) Supra, n.ºm. 158.

922) Infra pp. 532v

923) Por ejemplo SS TS: 6 de julio de 1915 (maiz); 14 de abril de 1919 (garbanzos); 20 de marzo (alubias) y 15 de junio (bacalao) de 1926; 3 de febrero de 1928 (vino); 3 de mayo de 1947 (anchoa en salazón); 9 de marzo de 1948 (pescado); 12 de enero de 1949 (bellota "desecada"); 2 de diciembre de 1954 (carne de membrillo); 16 de diciembre de 1955 (alubias); 3 de enero (café), 21 de febrero (migas de bonito), 11 de marzo (pimiento en salmuera), 31 de mayo (cerveza), 17 de octubre (diversos productos derivados del cerdo), y 23 de noviembre (vino) de 1957; 24 de abril de 1958 (margarina); 23 de noviembre de 1976 (patatas); 20 de octubre de 1978 (vino); 23 de septiembre de 1982 (botellas de agua mineral); 17 de octubre de 1983 (pavos); 13 de julio (patatas) y 26 de septiembre (menús) de 1984; 20 de noviembre de 1991 (conservas vegetales).

mas, empleando este término en un sentido muy amplio (⁹²⁴); o algún elemento que el comprador emplea en su explotación (⁹²⁵).

b) Otra causa posible, es esa otra línea jurisprudencial, que también ya conocemos; que aplica los arts. 1101 y 1124 CC cuando el objeto entregado es inhábil y no satisface las legítimas expectativas del comprador (⁹²⁶). El Tribunal Supremo aplica esta doctrina del incumplimiento por inhabilidad de la cosa también a la compraventa mercantil, y de esta manera elude la aplicación de las normas del Código de comercio (⁹²⁷).

La segunda observación previa se relaciona con los argumentos que el Tribunal Supremo emplea para estimar o desestimar la pretensión del comprador, o del vendedor.

Así, una serie de argumentos decisorios están específicamente conectados a la interpretación de los arts. 336 y 342 CCO. Son: a) La exigibilidad de que el comprador inste el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC; b) la calificación de incumplimiento por inhabilidad del objeto y

⁹²⁴) Por ejemplo las SS TS: 25 de febrero de 1948 (madera), 21 de febrero ("glicerina sustituto") y 10 de diciembre (algodón) de 1956; 29 de mayo de 1957 (albardín); 18 de febrero de 1965 (plástico); 21 de enero de 1966 (botellas de vidrio); 28 de enero de 1967 (tejidos); 10 de febrero de 1969 (chapa); 5 de julio de 1975 (pieles); 12 de marzo (parquet) y 12 de mayo (parquet) de 1982; 6 de julio (plásticos), 23 de octubre (cuero) y 19 de diciembre (tejidos) de 1984; 16 de septiembre de 1985 (embalaje de plásticos); 20 de febrero de 1986 ("sisal"); 15 de abril de 1987 (productos químicos); 8 de marzo (papel para envase de mantequilla) y 6 de abril (palanquilla de acero) de 1989.

⁹²⁵) STS 16 de junio de 1972 ("Karts"), ya citada supra en nota n.º 753.

⁹²⁶) Supra, n.ºm. 127.

⁹²⁷) Al respecto, infra, n.ºm. 210 y ss.

consiguiente insatisfacción del comprador (arts. 1101 y 1124 CC); c) la aceptación de la mercancía por el comprador.

En cambio, otros argumentos que el Tribunal Supremo emplea no son tan específicos de la interpretación de los arts. 336 y 342 CCO. Tal es el caso de: a) La falta de prueba de los defectos; b) la denuncia extemporánea de los mismos, o el ejercicio extemporáneo de la acción; c) la naturaleza de la obligación de entrega del vendedor (obligación de género limitado; obligación específica).

En la exposición de cada uno de estos argumentos seguimos el mismo esquema que hemos empleado en la exposición de los correspondientes a la compraventa civil. Es decir, en primer lugar desarrollamos el contenido del mismo, y después procedemos a su análisis crítico.

9.2 La exigencia de que el comprador inste el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC, para ejercitar alguna de las acciones de los arts. 336 y 342 CCO.

A. Contenido.

[196].- Si se quiere saber la manera en que el Tribunal Supremo ha solucionado los casos de entrega de mercancías con anomalías cualitativas, no puede prescindirse del conocimiento de la doctrina jurisprudencial que exige al comprador la realización del procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC (928).

928) Puesto que en las páginas que siguen constantemente aludimos a este art. 2127 LEC, entendemos oportuna su transcripción: "Cuando proceda hacer constar el estado, cantidad o calidad de los géneros recibidos, o de los bultos que los contengan, conforme a lo dispuesto en los arts. 219, 362 y párrafo segundo del 370 del Código, y demás casos análogos, el interesado acudirá al Juez en solicitud de que

Desde un punto de vista cronológico esta línea jurisprudencial mantenida en torno al art. 2127 LEC sigue esta trayectoria:

ordene se extienda diligencia expresiva de aquellas circunstancias, y si fuere necesario nombre perito que reconozca los géneros o bultos.

Si los interesados convinieren en nombrar cada uno perito, lo solicitarán así, sorteándose, caso de discordia, un perito tercero".

Los artículos mencionados por el art. 2127 LEC son del CCO de 1829.

Por otra parte, este art. 2127 LEC surge con la segunda LEC, la de 1881:

a) El libro V del CCO de 1829 regulaba la organización de los tribunales de comercio que disponían de jurisdicción especial. El art. 1219, último de este libro V, preceptuó que mientras no surgiera el "Código de enjuiciamiento" regiría "entretanto una ley provisional que promulgaré sobre esta materia".

Consecuencia de este mandato legislativo apareció la Ley de enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio, de 24 de julio de 1830. Pero esta ley de 1830 no reguló la jurisdicción voluntaria en asuntos mercantiles.

b) La Ley de enjuiciamiento civil de 1851 lógicamente se limitó a regular la jurisdicción voluntaria en asuntos civiles.

c) El Real Decreto de 6 de diciembre de 1868, cuyo fin principal era establecer la unidad de fueros, derogó el Libro V del CCO de 1829 y la Ley de 24 de julio de 1830, y ordenó que, con carácter de título adicional, se transcribiera su art. 16 en la entonces vigente LEC 1851.

Ese art. 16 enumeraba una serie de artículos del CCO de 1829 (que no son los que hoy enumera el art. 2127 LEC), así como "y [a] cualesquiera otros que tengan por objeto hacer constar hechos que puedan interesar a lo que promueven informaciones sobre ellos en negocios de comercio, se practicarán en los Juzgados de Primera instancia". Es decir, ese art. 16 estableció un procedimiento de jurisdicción voluntaria en asuntos mercantiles.

d) La Ley de Bases de 21 de junio de 1880 para la reforma del Enjuiciamiento civil señalaba que la ley organizaría los actos de jurisdicción voluntaria "haciendo extensiva esta segunda parte a los actos comprendidos en el Código de Comercio que lo requiera". Fruto de ese mandato, es la actual segunda parte del Libro III de la LEC 1881, que se titula "De los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio".

Véase RAMOS MENDEZ "La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio", (1978), pp. 27-29. Unas breves y genéricas indicaciones sobre la jurisdicción voluntaria, en MUÑOZ ROJAS, "Sobre la jurisdicción voluntaria", AC, (1990-3), marginales 577-585.

a) Surge a principios del siglo XX (929).

b) Es aproximadamente durante los años 50 a 60, cuando el Tribunal Supremo la aplica con mayor frecuencia (apogeo) (930).

c) A partir del año 1969 el Tribunal Supremo la aplica de forma cada vez más espaciada (931). En este sentido nos encontramos con que la emplea en su sentencia de 20 de octubre de 1978. Más tarde, la vuelve a aplicar en 1984, pudiendo calificarse a dicho año de prolífico: surgen tres sentencias que en su decisión tienen presente el que comprador instara o no el procedimiento del art. 2127 LEC (932). Posteriormente, no hemos encontrado, hasta ahora, una sentencia que aplicase esta doctrina jurisprudencial (933).

929) La primera sentencia del Tribunal Supremo que hemos encontrado, que en relación a un problema de anomalías cualitativas de las mercancías exige al comprador la tramitación del procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC, es la de 6 de julio de 1915. A esta sentencia le sigue la de 20 de marzo de 1926.

Entre ambas sentencias está la STS de 14 de abril de 1919, en la que, si bien también se exige al comprador la utilización del procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC, lo es en relación a las facultades que concede el art. 327 CCO en la compraventa sobre muestras.

930) SS TS de 2 de diciembre de 1954 [comentada por F. SANCHEZ CALERO, en RDM, (1956), pp. 447 y ss]; 10 de noviembre de 1956; 21 de febrero de 1957; y 24 de abril de 1958.

Hemos también de citar por su proximidad en el tiempo, si bien no se sitúa en el período indicado en el texto, a la STS de 9 de marzo de 1948.

931) STS de 10 de febrero de 1969.

Con posterioridad, hemos de mencionar a la STS de 16 de junio de 1972, que niega la necesidad de que el comprador inste el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC, en las reclamaciones por vicios ocultos ("internos") del art. 342 CCO.

932) Se trata de las SS TS de 13 de julio, 26 de septiembre y 23 de octubre de 1984.

933) No obstante, hemos de mencionar a la STS de 1 de marzo de 1991, que afirma la inexigibilidad del procedimiento del art.

Desde una perspectiva valorativa la presente línea jurisprudencial se caracteriza por los rasgos siguientes:

a) Su importancia radica en que durante un amplio período de tiempo ha sido la que de hecho ha decidido la estimación o desestimación de la pretensión del comprador, cuando éste ejercitaba alguna acción fundada en los arts. 336 y 342 CCO (934).

b) En términos generales es correcto afirmar, que a través de esta línea jurisprudencial los intereses de los vendedores han estado más "protegidos" que los intereses de los compradores (935).

c) No se trata de una línea jurisprudencial que ya haya desaparecido. Es decir, el Tribunal Supremo no ha rectificado su doctrina en el sentido de que niegue la necesidad de que el

2127 LEC, pretendida por el vendedor en su recurso, cuando la cosa entregada es empleada inmediatamente. No la citamos en el texto, porque la doctrina que aplica es la del incumplimiento por inhabilidad de la cosa --en este caso, del cemento-- y consiguiente insatisfacción del comprador que desencadena la aplicación de los arts. 1101 y 1124 CC (por ello se citó supra, nota n.º 552); [esta sentencia la hemos extractado en ADC, (1992), pp. 820-821].

934) a) Sentencias del Tribunal Supremo que desestimaron la pretensión del comprador y en las que éste no había instado el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC: 6 de julio de 1915; 20 de marzo y 15 de junio de 1926; 10 de diciembre de 1956; 21 de febrero de 1957; 24 de abril de 1958; 10 de febrero de 1969; 20 de octubre de 1978; 13 de julio y 23 de octubre de 1984.

b) Sentencias del Tribunal Supremo que estimaron la pretensión del comprador, habiendo éste instado el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC: 3 de febrero de 1928.

Téngase presente que sólo están citadas las sentencias que exigen que se inste el procedimiento de jurisdicción voluntaria.

935) Recuérdese la nota inmediatamente anterior a ésta.

comprador acuda al procedimiento del art. 2127 LEC (⁹³⁶). Lo que simplemente ha ocurrido es, que el Tribunal Supremo ha dejado de aplicarla. Evidentemente que en cualquier momento puede otra vez emplearla para la solución de un caso.

Diversas causas pueden justificar el hecho de que el Tribunal Supremo ya no suela exigir al comprador acudir al procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC. Entre éstas consideramos que está, una vez más, la de la extensión a la compraventa mercantil, que el Tribunal Supremo ha hecho de su doctrina del incumplimiento por inhabilidad de la cosa, desencadenador de la aplicación de los arts. 1101 y 1124 CC (⁹³⁷). Téngase presente que el Tribunal Supremo nunca ha exigido --entre otras cosas porque no lo puede hacer-- la previa tramitación de un procedimiento de jurisdicción voluntaria para estimar el ejercicio de alguna de las acciones de los arts. 1101 y 1124 CC..

Señaladas las notas que globalmente caracterizan a esta línea jurisprudencial, pasamos a exponer las diferentes y amplias precisiones que al respecto el Tribunal Supremo ha hecho.

A.1. Las funciones desempeñadas por el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC: cauce de denuncia y medio de prueba.

⁹³⁶) En otras ocasiones, en cambio, el Tribunal Supremo, o bien ha rechazado una determinada interpretación que hasta ese momento sostenía, o bien ha matizado su alcance. En este último sentido recuérdese, por ejemplo, lo dicho supra, en nota n.º 624, a propósito de la facultad resolutoria tácita del art. 1124 CC: cómo el Tribunal Supremo ha precisado el alcance de la expresión, por él creada, de "voluntad deliberadamente rebelde".

⁹³⁷) Es objeto de análisis, infra, en n.ºm. 210 y ss.

[197].- El Tribunal Supremo ha atribuido al procedimiento del art. 2127 LEC dos funciones: a) Ser cauce de denuncia de las anomalías cualitativas de la mercancía; b) servir de medio de prueba de la existencia de anomalías cualitativas en la mercancía.

[198].- El Tribunal Supremo afirma que la denuncia del comprador acerca de los defectos de la cosa sólo es eficaz, si se realiza mediante el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC. Es por esto por lo que niega eficacia a las reclamaciones que el comprador haga con carácter privado.

Por ejemplo, el Tribunal Supremo no reconoce eficacia alguna a las reclamaciones que se realizan mediante carta, telegrama, conversaciones telefónicas, o protestos notariales; etc.

Las siguientes afirmaciones jurisprudenciales destacan esta función de ser cauce de denuncia:

- "No basta el simple requerimiento de índole particular que dirija el comprador al vendedor (...) De modo expreso la ley de Enjuiciamiento Civil (...) preceptúa que las reclamaciones han de iniciarse acudiendo al Juzgado para que practique lo dispuesto en su art. 2127" (938).

- "Ha declarado este Tribunal Supremo (...) que las reclamaciones de esta índole se han de anunciar practicando lo que dispone el art. 2127 de la Ley Rituaria (...), sin que las reclamaciones de índole particular tengan igual eficacia jurídica que el llamamiento judicial" (939).

- "En los casos en que previene el art. 336 del Código de comercio la acción ejercitable, se ha de

938) STS de 6 de julio de 1915.

939) STS de 15 de junio de 1915.

iniciar en la forma que impone el 2.127 de la Ley procesal" (940).

[199].- El Tribunal Supremo también ha afirmado que, a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC, el comprador puede probar el estado defectuoso de la mercancía que le fue entregada. Dicho procedimiento le ofrece la posibilidad de preconstituir una prueba.

Ahora bien, el Tribunal Supremo no se limita a ver en el procedimiento del art. 2127 LEC un medio más de prueba. Para dicho tribunal se trata de un medio de prueba de carácter principal, al que, incluso, en alguna ocasión ha llegado a calificar de "único medio legal" de prueba.

Estas otras afirmaciones del Tribunal Supremo destacan la función probatoria que desempeña el expediente del art. 2127 LEC:

- Actuó correctamente, "al rechazar el Tribunal 'a quo' esta excepción, fundado en que el defecto alegado base de la misma no [se] ha acreditado por el único medio legal que es el que establece el artículo 2127 de la Ley de Enjuiciamiento civil para estos casos" (941).

- "La trascendencia de la acción que en plazo tan perentorio concede el expresado artículo 336 del Código de Comercio, no consentía quedaran a merced del que la utilizara los medios y la forma de hacer constar los hechos y circunstancias (...); y proveyendo a esta necesidad el artículo 2.127 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...) dispuso que (...) el interesado debía acudir al Juez en solicitud de que ordene que se extienda diligencia expresiva de las circunstancias" (942).

940) STS de 9 de marzo de 1948.
Véase también la STS de 10 de diciembre de 1956.

941) STS de 20 de marzo de 1926.

942) STS de 15 de junio de 1926.

- "El comprador no es árbitro por su exclusiva voluntad de rechazar la mercancía mediante pruebas que la declaren inadmisibles por viciosa, si éstas no se han llevado a efectos, o, al menos intentado judicialmente (...) exigiéndose a aquél que acuda al procedimiento marcado en el artículo 2.127 de la ley de Enjuiciamiento civil" (943).

Asimismo, la doctrina de los autores ha resaltado la importante función probatoria que el procedimiento del art. 2127 LEC desempeña (944).

A.2. El ámbito de aplicación de la exigencia de que el comprador inste el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC.

[200].- Aparte de haberlo exigido en otros supuestos relacionados con la compraventa mercantil (cfr. art. 327 CCO) (945), el

943) STS de 3 de febrero de 1928; véase también la STS de 24 de abril de 1958.

944) F. RAMOS MENDEZ afirma: "la intervención judicial es aquí fundamentalmente documentadora de la diligencia de reconocimiento (...) que además preconstituye prueba, y por la trascendencia que la ley le otorga es prácticamente imposible desvirtuarla por otros medios de prueba. Por ello, hoy por hoy, el acto, en función de lo que representa respecto a un contrato mercantil en concreto, no es fungible y la intervención judicial tampoco puede sustituirse por otras actividades" ["La jurisdicción voluntaria en negocios de comercios", (1978), p. 65].

En parecido sentido ORTI: "Con ello el comprador o en su caso el vendedor que la inste, no conseguirán más que una prueba privilegiada y más eficaz que otras, de la existencia o no de defectos (...) si es el comprador el que incoa el procedimiento, la diligencia del reconocimiento sólo conseguirá la creación de una prueba previa del defecto de gran eficacia, dada la intervención judicial, y eventualmente servirá para denunciar el defecto" ("La protección", p. 285).

945) Este artículo regula la compraventa "sobre muestras o determinada calidad conocida en el mercado". Entre otras sentencias del TS están las de 14 de abril de 1919 (ya citada supra, en nota n.º 929); 12 de enero de 1949; y 21 de febrero de 1957.

Sobre esta modalidad de compraventa puede consultarse: M.M.º VERGUEZ SANCHEZ "Concepto y particularidades de la 'venta

Tribunal Supremo ha exigido al comprador la realización del procedimiento del art. 2127 LEC, tanto en la denuncia de los defectos de calidad y vicios del art. 336 CCO, cuanto en la de los "vicios internos" del art. 342 CCO.

Ahora bien, en uno y otro caso lo ha hecho con distinta intensidad. Mientras en relación al art. 336 CCO el Tribunal Supremo se mantiene constante en la necesidad de que el comprador inste el procedimiento del art. 2127 LEC, en relación al art. 342 CCO se muestra más flexible. A propósito de este último precepto hay sentencias que exigen al comprador acudir al procedimiento del art. 2127 LEC --se trata de la mayoría-- (946); pero también se encuentran otras que no imponen esa exigencia procedimental para que la reclamación del comprador sea eficaz (947).

La existencia de esas dos simultáneas líneas jurisprudenciales en relación con el art. 342 CCO es también resaltado por diversos autores (948).

sobre muestras'", en "Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues", tomo III, (1971), pp. 457-480; en relación al art. 2127 LEC, las pp. 466-468 y nota n.º 33.

946) SS TS de 15 de junio de 1926; 3 de febrero de 1928; 10 de diciembre de 1956; 21 de febrero de 1957; 24 de abril de 1958; 10 de febrero de 1969; 20 de octubre de 1978; 13 de julio y 23 de octubre de 1984.

947) SS TS de 9 de marzo de 1948; 2 de diciembre de 1954; y 16 de junio de 1972.

948) Fundamentalmente por F. SANCHEZ CALERO, quien en un primer trabajo, que ya conocemos [RDM (1956)], sostenía, que la jurisprudencia que exigía el procedimiento del art. 2127 LEC en relación al art. 342 CCO había cambiado: ya no era necesario que el comprador realizara la denuncia instando un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Era suficiente cualquier reclamación de carácter particular. Este giro de la jurisprudencia lo apoyaba en las SS TS de 9 de marzo de 1948 y 2 de diciembre de 1954 (op. cit., pp. 465-468).

En un segundo y posterior trabajo [ADC (1959)] señala que,

Pese a que hasta ahora hemos conectado, sin más, los arts. 336 y 342 CCO con el art. 2127 LEC, hemos de hacer la advertencia que sigue.

Cuando la segunda Ley de enjuiciamiento civil entró en vigor (1881), las relaciones mercantiles se regulaban por el CCO de 1829 y este hecho explica que las remisiones que el art. 2127 LEC hace a artículos del CCO sean al CCO de 1829 y no al CCO de 1885 (949). Una vez entrado en vigor el CCO de 1885, lo lógico hubiera sido adaptar las remisiones a los artículos del mismo. No obstante, esto aún no se ha hecho (950). Han sido la doctrina y la jurisprudencia las que se han encargado de realizarlo.

a) Según la doctrina la mención que el art. 2127 LEC hace de los "artículos 219, 362 y párrafo segundo del 370 del Código" (de comercio de 1829) se corresponde respectivamente a los arts. 366 (951), 327 y úl-

por consecuencia de la aparición de las SS TS de 21 de febrero de 1957 y 24 de abril de 1958, esa previsión de que la jurisprudencia ya no exigía la tramitación del procedimiento del art. 2127 LEC en relación con las reclamaciones del art. 342 CCO, no se había cumplido. De aquí que, "queda, pues, como doctrina jurisprudencial dominante, tanto para el caso de la denuncia de los llamados vicios 'aparentes' o 'reconocibles' del art. 336, como para el supuesto de vicios internos u ocultos del artículo 342" la exigencia de reclamar mediante el procedimiento del art. 2127 LEC (op. cit., pp. 1191-1192).

En este último sentido J.M.ª GARRETA SUCH, "La denuncia de vicios de las mercaderías en la compraventa mercantil. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 13 de marzo de 1974", en RJC, (1976), pp. 893-899.

A las sentencias mencionadas por estos dos autores debemos añadir, con el carácter de posteriores, la STS de 13 de julio de 1984 que defiende la necesidad del procedimiento del art. 2127 LEC, y la STS de 26 de septiembre de 1984 que lo niega, siempre que se den determinadas circunstancias.

949) Recuérdese lo expuesto sobre el proceso de formación y antecedentes del art. 2127, supra, en nota n.º 928.

950) No lo han llevado a cabo las dos últimas reformas más importantes de la LEC: la de 1984 y la recientemente llevada a cabo por ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma procesal, (BOE 5 de mayo de 1992).

951) Este art. 366 CCO está situado en la regulación del contrato de transporte, y, dado que un poco más adelante (nota n.º 963) es objeto de un breve apunte, consideramos oportuno su transcripción: "Dentro de las veinticuatro horas siguientes al recibo de las mercancías, podrá hacerse la reclamación contra el porteador, por daño o avería que se encontrase en ellas al

timo párrafo del art. 336 CCO de 1885 (⁹⁵²).

En cambio, no incluye al art. 342 CCO entre los casos en los que es preciso la tramitación del art. 2127 LEC.

b) En cuanto a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo conecta, sin más, el art. 2127 LEC con el art. 336 CCO de 1885. Es decir, no especifica, como hace la doctrina, el concreto párrafo que de los cuatro que componen el art. 336 CCO de 1885 se corresponde con el art. 370.II CCO de 1829.

Es una excepción la STS de 2 de diciembre de 1954, que identifica el art. 370.II CCO de 1829 con el art. 336.IV CCO de 1885 (⁹⁵³).

Además, y esto lo acabamos de señalar, en ocasiones el Tribunal Supremo también exige al comprador la tramitación del procedimiento de jurisdicción volunta-

abrir los bultos, con tal que no se conozcan por la parte exterior de éstos las señales del daño o avería que diere motivo a la reclamación en cuyo caso sólo se admitirá ésta en el acto del recibo.

Transcurridos los términos expresados, o pagados los portes, no se admitirá reclamación alguna contra el porteador sobre el estado en que entregó los géneros porteados".

El art. 219 CCO 1829, antecedente de este art. 366 CCO, dice: "Dentro de las veinticuatro horas siguientes al recibo de las mercaderías tendrá lugar la reclamación contra el porteador por daño ó avería que se encontrare en ellas al abrir los bultos, con tal que no se reconocieran en la parte exterior de estos las señales del daño ó avería que se reclame.

Después de haber trascurrido [sic] el expresado término de veinticuatro horas, ó que se hubiese pagado los portes, es inadmisibile toda repetición contra el porteador sobre el estado en que haga la entrega de los géneros que condujo".

952) F. SANCHEZ CALERO en RDM, (1956), pp. 447 y ss, y en ADC, (1959), pp. 1191 ss; J.M.^a GARRETA SUCH en RJC, (1976), pp. 883-902; F. RAMOS MENDEZ "La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio", (1978), pp. 68-72.

953) STS de 2 de diciembre de 1954: "el artículo 2127 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pues ésta se refiere a cuando proceda constar el estado, cantidad o calidad de los géneros recibidos o de los bultos que los contengan, según preceptos del antiguo Código de comercio de 1829, coincidentes con los 366 y 327 y último párrafo del 336 del Código hoy vigente" (cdo n.º 4).

ria del art. 2127 LEC en relación a los "vicios internos" del art. 342 CCO de 1885 (954). Parece que el apoyo normativo podría ser esa expresión del art. 2127 LEC "y demás casos análogos".

A.3. Excepciones a la regla de exigibilidad del procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC.

[201].- El Tribunal Supremo ha precisado en distintas ocasiones cómo en determinados casos el comprador no precisa recurrir al procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC para que su reclamación tenga efectos. Se trata de casos distintos en los que no hemos podido encontrar un criterio común que nos permita identificar por qué en ellos no es exigible el expediente del art. 2127 LEC. Si bien hemos de reconocer que todos cuentan, en mayor o menor medida, con una clara justificación.

Las excepciones con las que nos hemos encontrado son:

a) Cuando las partes insertan en el contrato la cláusula "ad libitum"; o "ad gustum"; o de compraventa a prueba o ensayo (955).

954) Cfr. supra, la nota n.º 946.

955) STS de 24 de abril de 1958; cfr. art. 328 CCO.

Esta sentencia nos parece además interesante por otra razón. Se trataba de una compraventa mercantil de margarina, que resultó defectuosa. Frente a la sentencia de instancia, el comprador alegó en el recurso de casación, que el art. 342 CCO era inaplicable, porque este precepto no abarca los casos de mercancía enlatada, que no puede reconocerse hasta su consumo, lo cual sucedía con la margarina. El Tribunal Supremo no dió relevancia a ese argumento, consideró correctamente aplicado el art. 342 CCO, aparte de que entendió que el comprador había aceptado la mercancía. Hemos calificado de interesante esta sentencia, porque la tesis del recurrente había sido empleada por el Tribunal Supremo en la solución del caso tan sólo un año antes; nos referimos a la conocida STS de 31 de mayo de 1957.

En esta otra sentencia el caso versó sobre una compraventa de barriles de cerveza. Esto es: una mercancía "enlatada", que no podía reconocerse hasta su consumo. La cerveza fue defectuosa (no apta para consumo). En el recurso de casación que esta vez interpuso el vendedor, se alegó que se trataba de un vicio oculto (art. 342 CCO), y que el comprador había reclamado fuera

b) Cuando el vendedor reconoce al comprador el carácter defectuoso del género remitido (⁹⁵⁶); o el vendedor "se muestra propicio" a atender las reclamaciones del comprador (⁹⁵⁷).

c) Cuando el comprador, recibida ya la mercancía, la uti-

del plazo de treinta días. El Tribunal Supremo consideró que no era aplicable ese artículo a los casos en los que no puede reconocerse la mercancía en el momento de la entrega, sino en el de su consumo, siendo procedente la aplicación de los arts 1484 y ss CC.

Con esta argumentación de la sentencia de 31 de mayo de 1957, el Tribunal Supremo no sólo no exige que se realice el procedimiento del art. 2127 LEC, sino que además, escapa de la rígida normativa mercantil en materia de plazos. De esto es consciente el Tribunal Supremo, porque intenta justificar su razonamiento con la afirmación de que "es también doctrina razonable que debe prevalecer la justicia y equidad a una aplicación rígida de formalismos legales" (cdo n.º 3).

Si la doctrina de la STS de 31 de mayo de 1957 se generalizase, nos encontraríamos con que en un importante número de casos el Tribunal Supremo habría evitado la aplicación de la normativa del Código de comercio, desviándose hacia la del civil. Téngase presente que una gran parte de los productos alimenticios son productos enlatados y no susceptibles de ser reconocidos hasta el momento de su consumo.

⁹⁵⁶) STS de 9 de noviembre de 1959.

Si bien no se plantea la cuestión de la procedencia o improcedencia del expediente del art. 2127 LEC, hemos de mencionar a la STS de 20 de noviembre de 1991. El caso consistió en la entrega de determinada cantidad de latas de conservas destinadas a ser revendidas y que resultaron defectuosas. El vendedor no sólo admitió el carácter defectuoso de la mercancía entregada, sino que se comprometió, además, a recibir la mercancía defectuosa y a abonar los daños y perjuicios que el comprador sufriera. El Tribunal Supremo aplicó este acuerdo al que vendedor y comprador llegaron (novación), y por ello excluyó la aplicación del Código de comercio, que en cambio aplicaron las sentencias de instancia [esta sentencia la hemos comentado en CCJC, n.º 28, (1992), pp. 23-33].

Si las partes no hubieran llegado a ese acuerdo, esta STS de 20 de noviembre de 1991 hubiera ofrecido otra oportunidad para constatar, si el Tribunal Supremo habría o no aplicado la doctrina que declara inaplicable el art. 342 CCO cuando la mercancía va enlatada y no puede ser reconocida hasta el momento de su consumo (recuérdese lo que acabamos de señalar en la nota que inmediatamente precede a ésta).

⁹⁵⁷) STS de 9 de marzo de 1948.

liza inmediatamente (958).

Hemos de aludir, también, a una serie de sentencias que, si bien no contienen excepciones a la regla de la exigibilidad del procedimiento del art. 2127 LEC, claramente matizan y concretan esta regla. Esta matización y concreción consiste, básicamente, en la determinación del momento a partir del cual se inicia el cómputo de los plazos previstos en los arts. 336 y 342 CCO. Ello ocurre:

a) Cuando, en una compraventa de plaza a plaza, se pacta que la entrega de la mercancía tendrá lugar sobre vagón o sobre una estación determinada.

El Tribunal Supremo ha aclarado que la "traditio ficta", que implica la facturación de las mercancías a cargo del comprador, y el envío del talón de porte, conlleva una serie de efectos, pero no la de otros. Así, dicha "traditio ficta" permite determinar el Juez competente en caso de litigio, implica la transmisión de los riesgos al comprador y, finalmente, supone la transmisión del derecho de propiedad.

En cambio, el momento en que la "traditio ficta" tiene lugar mediante la recepción de la carta de porte por el comprador, no es el momento a partir del cual comienza el cómputo de los plazos de los arts. 336 y 342 CCO. Los respectivos plazos de cuatro y treinta días comienzan a correr desde el día siguiente a la entrega material de la mercancía (959).

958) STS de 1 de marzo de 1991.

959) Así las SS TS de 3 de febrero de 1928 y 3 de mayo de 1947. Hemos de llamar la atención sobre la STS de 3 de febrero de 1928 que calificó la entrega de vino adulterado (imposible de consumir) como supuesto de "vicio interno" del art. 342 CCO, procediendo la desvinculación contractual, y ello, porque tan sólo unos meses antes, el Tribunal Supremo llegó, en su sentencia de 30 de diciembre de 1927, a la misma solución de declarar deshecho el contrato --resuelto-- por aplicación, en este otro caso, del art. 1124 CC. Téngase en cuenta que los casos de las SS TS de 3 de febrero de 1928 y 30 de diciembre de 1927 son prácticamente idénticos: se trata del mismo vendedor, de la misma mercancía (vino), del mismo defecto (adulterado), del mismo tipo de compraventa (de plaza a plaza) y del mismo destino (Valladolid); la única diferencia es que los compradores son distintos. Pues bien, en la sentencia de 30 de diciembre de 1927, el Tribunal Supremo consideró que el caso era subsumible en el art. 1124 CC y no en los arts. 336 y 342 CCO, como el vendedor pretendía en su recurso de casación. El Tribunal Supremo afirma que no hubo entrega de la mercancía, dado que el comprador no dió su consentimiento al vino, y que el art. 342 CCO no era aplicable al caso, porque el cómputo de los treinta

b) Cuando la compraventa estaba sometida a la legislación especial de abastecimientos.

Según el Tribunal Supremo para que se inicie el cómputo de los plazos previstos en los arts. 336 y 342 CCO, el comprador tiene previamente que realizar una serie de actos, como es solicitar la no verificación de la entrega de la mercancía ante los Organismos oficiales, así como pedir la inspección de la misma. Todo esto porque sólo cuando la respuesta oficial sea la de no entrega de la mercancía, el comprador podrá ir contra el vendedor, iniciándose desde ese momento el cómputo de los plazos previstos en los arts. 336 y 342 CCO (960).

c) Cuando el comprador insta el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC y éste no

días comienza desde el siguiente de la entrega, y ésta no tuvo lugar. Una posible justificación de que el Tribunal Supremo aplicase el art. 1124 CC, es que el comprador no denunció en el plazo que especifica el art. 342 CCO.

Otra sentencia, en la que el Tribunal Supremo implícitamente resalta que el día siguiente a la entrega material es el momento en que se inicia el cómputo de los plazos de cuatro y treinta días, es la de 29 de mayo de 1957. El comprador pretendía rechazar la mercancía en tránsito, tras haber recibido el conocimiento de embarque y antes de la recepción material de la misma. Alegó interpretación errónea del art. 336 CCO en sus párrafos II y III, puesto que si ese artículo permite rescindir el contrato dentro de los cuatro días siguientes a la entrega, "con mayor motivo, antes de recibir la mercancía, cuando su calidad sea conocida de antemano o pueda inferirse de la ya recibida" (recurso de casación). El Tribunal Supremo rechazó la interpretación defendida por el comprador y señaló que esos párrafos II y III del art. 336 CCO deben interpretarse en relación con los párrafos I y IV del art. 336 CCO, y los derechos que estos últimos párrafos contemplan se ejercitan sólo en el momento de la entrega.

En relación al art. 342 CCO, esta doctrina de que el cómputo del plazo se inicia desde el día siguiente al de la entrega material de la mercancía, coincide con la doctrina civil, que en relación al art. 1490 CC, sostiene que la entrega de la que habla este precepto debe entenderse como entrega material (GARCIA CANTERO; cfr. supra, nota n.º 332). Esto es algo lógico: sólo con la entrega material de la cosa el comprador podrá apercibirse de que ésta es defectuosa.

960) STS de 3 de enero de 1957. Pese a no decirlo el Tribunal Supremo, podemos implícitamente entender que la inspección oficial, que autoriza o deniega la entrega de la mercancía, desempeña idéntica función que la del procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC.

puede realizarse, al encontrarse los funcionarios auxiliares de la Administración de Justicia en huelga, lo cual llevó finalmente al comprador a desistir.

El Tribunal Supremo afirma que si a partir del momento de la recepción de la mercancía, y dentro de los plazos de cuatro y treinta días señalados por los arts. 336 y 342 CCO, se siguen entre vendedor y comprador gestiones ininterrumpidas hasta otra fecha, es a partir de esta última fecha desde la que comienza el cómputo de los seis meses del art. 1490 CC (961).

A.4. Justificación práctica y jurídica de la exigencia jurisprudencial de que el comprador inste el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC.

[202].- En la serie de sentencias en que el Tribunal Supremo exige la tramitación del procedimiento del art. 2127 LEC, implícitamente encontramos como justificación práctica la de que dicho procedimiento ofrece garantías tanto al vendedor cuanto al comprador. En ocasiones, aparece explicitada: el Tribunal Supremo afirma que se trata de una "garantía de todos los interesados" (962).

Para comprender la razón que mueve al Tribunal Supremo, debemos recordar el hecho, de que un importante número de compraventas mercantiles son compraventas de plaza a plaza. Esto supone que las mercancías deben ser transportadas de un lugar a otro, siendo lo más frecuente el que dicho transporte no lo realicen ni vendedor ni comprador, sino un tercero que, por lo general, se dedica de forma profesional al transporte de mercancías o/y personas (963).

961) STS de 26 de septiembre de 1984.

962) SS TS de 20 de marzo y 15 de junio de 1926; 24 de abril de 1958.

963) Surge así el problema de deslindar el ámbito en el que

Uno de los problemas que al vendedor le plantea la compra-

opera la relación de transporte, del en que opera la relación de compraventa. Cuando una mercancía llega a su destino con algún defecto aparente, el comprador cuenta hipotéticamente con dos personas responsables: el porteador y el vendedor, y debe determinar contra quien dirigirá su reclamación. [Véase, R. BERCOVITZ en comentario a la STS de 3 de enero de 1984, CCJC n.º 4, (1984), pp. 1232-1233].

En la determinación de la responsabilidad del porteador por los defectos ("avería") de la cosa, ha de tenerse en cuenta el medio en que se ha transportado la mercancía (terrestre, aéreo, marítimo). A modo de breves apuntes, señalemos las siguientes ideas.

Si el transporte es por vía terrestre, hemos de aludir a los arts. 366 y 367 CCO.

El 366 CCO (cfr. supra nota n.º 951) afirma que el consignatario podrá reclamar al porteador en las 24 horas siguientes al recibo de la mercancía, si al "abrir los bultos" descubre la avería, y a condición de que ésta no pueda constatarse en el momento de la entrega, pues entonces, ahí se hará la reclamación. El art. 2127 LEC señala, en relación al art. 366 CCO, la procedencia del expediente de jurisdicción voluntaria (cfr. supra, n.ºm. 200).

El art. 367 CCO preceptúa, que en los casos de "dudas y contestaciones entre el consignatario y el porteador sobre el estado en que se hallaren los efectos transportados al tiempo de hacerse al primero su entrega", se procederá a un reconocimiento pericial. En relación al art. 367 CCO (realmente es con el 218 CCO 1829, que equivale al 367 CCO), el art. 2126 LEC dispone un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Es de destacar que la doctrina jurisprudencial descrita sobre los arts. 336 CCO, en ocasiones sobre el 342 CCO, en relación con el 2127 LEC, también existe entre los arts. 367 CCO y 2126 LEC [véase R. BERCOVITZ comentario a la STS 3 de enero de 1984, CCJC n.º 4, (1984), p. 1235].

Si el transporte es por vía marítima e internacional, se aplica la Ley 22/12/1947, sobre unificación de reglas para los conocimientos de embarque en los buques mercantes (LTM). El conocimiento de embarque desempeña un papel fundamental, pues en él se describe el "estado y condición aparentes de las mercancías" (art. 18.9 LTM). Esta descripción es fruto de la declaración que el cargador (prespongamos que también vendedor) hace al porteador, aunque éste último puede declarar en el conocimiento cuál es el estado real de las mercancías. Sobre la eficacia de las declaraciones contenidas en el conocimiento de embarque hemos de diferenciar antes del 14 de febrero de 1984 y después.

Antes de 1984, el art. 21 LTM señalaba, que "el conocimiento de embarque establecerá la presunción, salvo prueba en contrario" de una serie de aspectos, entre los cuales estaba la descripción del "estado y condición aparentes de las mercancías" (art. 18.9 LTM). Si había una divergencia entre la descripción del estado de la mercancía, que el conocimiento de embarque reflejaba, y el estado de la que el porteador entregaba, éste podía demostrar mediante otras pruebas que él recibió las mercancías ya defectuosas, no siendo por tanto responsable. En

venta de plaza a plaza es que, al no estar presente en el mo-

relación a este art. 21 LTM, véase la STS de 31 de marzo de 1983, comentada por E. GALAN CORONA, CCJC n.º 2, (1983), pp. 515-523; advirtamos que el cargador había celebrado un contrato de comisión de venta y no de compraventa.

Tras 1984, en España entraron en vigor los protocolos modificativos del Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque de 25 de agosto de 1924 (BOE 11 de febrero de 1984). Entre las diversas modificaciones de la LTM nos interesa ésta: "sin embargo, no se admitirá prueba en contrario cuando el conocimiento de embarque se haya transferido a un tercero que actúe de buena fe".

El comprador de una mercancía objeto de transporte puede ser considerado tercero. Si hay divergencia entre la descripción del estado de la mercancía que el conocimiento refleja y el estado de la mercancía entregada por el porteador, éste responderá frente al "tercero"; no cabe prueba de que recibió la mercancía en mal estado. La excepción a esta regla es el caso de que la mercancía viaje en contenedor: el porteador no responde del estado de la mercancía, dado que no ha podido constatarlo (lo único que puede comprobar es el estado externo del contenedor). Esta excepción prueba que la posibilidad del control de la mercancía es lo que justifica esa responsabilidad por la apariencia del conocimiento de embarque [A. RECALDE CASTELLS "El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte. (Función representativa)", (1992), pp. 307-315; sobre el sistema del Convenio de 25 de agosto de 1924: pp. 304-307).

Si el transporte marítimo es nacional, la doctrina suele señalar que el conocimiento de embarque hace prueba de la existencia y contenido del contrato, y de la recepción de la mercancía (ex. art. 709 CCO), siendo posible la prueba en contrario. Frente a esta postura mayoritaria, A. RECALDE sostiene que el art. 709 "únicamente delimita la fuerza probatoria de los diversos ejemplares del conocimiento de embarque respecto del contenido del contrato de transporte pactado entre las partes" (op. cit., p. 292; además pp. 291-294).

Además, recordemos que en el transporte marítimo pueden intervenir, junto al porteador, otras personas, posibles responsables de las averías de la mercancía. Por ejemplo, las operaciones de carga y descarga de la mercancía en el buque pueden realizarlas empresas diferentes de la porteadora, con carácter autónomo. El régimen de responsabilidad de estas empresas dependerá de cómo hayan surgido las relaciones jurídicas entre cargador, porteador y destinatario [aunque se trata de una reclamación de cantidad, véase la STS de 31 de enero de 1983 en la que se plantea la posible autonomía del contrato de carga y descarga frente al de transporte o de fletamente, y su comentario por R.B. GARCIA LUENGO, CCJC n.º 2, (1983), pp. 385-395; en relación con las cuestiones estiba de la mercancía, véase la STS de 6 de mayo de 1985 que trató sobre la pérdida de siete bultos y que comenta, igualmente, R.B. GARCIA LUENGO, CCJC n.º 8, (1985), pp. 2625-2632].

Por otra parte, téngase presente al transporte multimodal; cfr., por ejemplo, PELLON RIVERO, "El transporte multimodal internacional de mercancías (repercusiones en el transporte aé-

mento en que el comprador recibe materialmente las mercancías, no cuenta con la seguridad de que las que el comprador afirma ser defectuosas sean la mismas que él remitió. E incluso, habiendo certeza de que se trata de las mismas mercancías, no puede descartarse que el carácter defectuoso de éstas provenga de un hecho fraudulento del comprador. El que a este último se le exija la puesta en práctica del procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC permite que el vendedor cuente con la seguridad de que hay identidad entre las mercancías por él remitidas y las que dice haber recibido el comprador, así como que dichas mercancías son las efectivamente analizadas (964).

Al comprador, ya lo hemos señalado, el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC le permite contar con

reo)", RDP, (1985), pp. 129-153.

Finalmente, no se olvide que el CC también regula, aunque muy brevemente, el contrato de transporte en los arts. 1601 a 1603 [sobre ellos, el comentario de SANCHEZ ANDRES, en "Comentario CC-II", pp. 1212-1225].

964) En este sentido son muy expresivas las siguientes palabras de la STS de 3 de febrero de 1928: "sin que sea eficaz el análisis practicado a petición sólo de uno de los interesados, doctrina sana y equitativa que tiende a destruir las habilidades de una parte con perjuicio de la contraria, y esto no porque los laboratorios oficiales no merezcan toda clase de respeto y certidumbre en sus análisis, de los que no cabe dudar, sino porque lo que afirma y merece ser creído es el resultado fiel de su comprobación, pero su campo de acción no se extiende a poder asegurar que la cosa analizada sea la misma objeto del contrato, ni que la manipulación fraudulenta, en su caso, esté de parte del comprador o vendedor, y de la misma manera que un análisis practicado sólo a instancia del dueño que vende no podría causar efecto contra el adquirente" (cdo n.º 6).

Igual doctrina aparece en la STS de 21 de febrero de 1957.

un importante medio de prueba sobre el carácter defectuoso de la mercancía, al mismo tiempo que le sirve de cauce de denuncia frente al vendedor (965).

[203].- En cuanto a la justificación jurídica de la exigencia procedimental del art. 2127 LEC, el Tribunal Supremo, en diversas sentencias, y siempre a propósito del art. 336 CCO, ha afirmado que es dicho art. 2127 LEC el que así lo impone (966).

Por lo que respecta a la justificación de dicha exigencia, con relación a las reclamaciones por "vicios internos" del art. 342 CCO, nada hemos encontrado, al menos expresamente.

B. Observaciones críticas.

[204].- Vamos a seguir el mismo orden que hemos acabado de utilizar en la exposición del contenido de este argumento jurisprudencial de la exigibilidad del procedimiento del art. 2127 LEC.

B.1. La posibilidad de denunciar los defectos de la mercancía por un cauce diferente al del art. 2127 LEC.

[205].- Nuestra doctrina critica al Tribunal Supremo, que el procedimiento del art. 2127 LEC tenga que ser el necesario cauce de la denuncia del comprador.

En esa línea se sitúa la opinión de Orti. Este autor considera válida la denuncia de los defectos, cualquiera que sea

965) Supra, n.ºm. 197 a 199.

966) SS TS de 6 de julio de 1915; 15 de junio de 1926; 6 de julio de 1958.

la forma que el comprador utilice. Ahora bien, esta afirmación no le impide reconocer que la realidad aconseja emplear determinadas formas de denuncia, en cuanto que con ellas el comprador cuenta con una mayor facilidad de probar que él había denunciado los defectos. De aquí, el que sea más aconsejable la forma escrita que la forma oral, y que dentro de la primera lo mejor sea denunciar a través de conducto notarial (967).

Compartimos esta opinión.

B.2. El procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC como un medio más de prueba de los defectos de la mercancía.

[206].- A nuestro parecer, es un hecho claro que el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC ofrece un importante medio de prueba acerca del carácter defectuoso de la mercancía entregada. Téngase presente que ese procedimiento consiste en una constatación pericial (reconocimiento de carácter técnico y objetivo) del estado de la mercancía.

En cambio, lo que de esta línea jurisprudencial sí que nos parece criticable es, el que el Tribunal Supremo prácticamente sólo permite al comprador probar la existencia de vicios en la mercancía a través de tal expediente. Esto se traduce en una limitación de los medios de prueba, que no creemos imponga el art. 2127 LEC (968). Limitación injustificada, si pensamos en

967) ORTI "La protección", pp. 313-317.

968) Idéntica crítica realiza R. BERCOVITZ en su comentario a la STS de 3 de enero de 1984 en CCJC n.º 4, (1984), pp. 1233 y 1235-1236.

la posibilidad de que otros medios de prueba pueden demostrar también, con suficiente seguridad, la existencia de defectos en la mercancía entregada.

El procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC es, sin duda, un medio de prueba de gran relevancia, pero en modo alguno creemos que sólo con él pueda probarse la existencia de defectos. Si el comprador no acude al mismo, entendemos que nada le impide, en el proceso contencioso, demostrar la existencia de defectos en la mercancía por otros medios de prueba. Y asimismo, si el comprador instó dicho procedimiento y probó el carácter defectuoso de la mercancía, esto no impide que en el proceso contencioso el vendedor pueda llegar a demostrar, por otros medios de prueba, que la mercancía que entregó no adolecía de defectos, lo que deberá conducir a la desestimación de la pretensión del comprador. En definitiva, nos parece que, aunque no se instara el procedimiento del art. 2127 LEC, no existe obstáculo para que la prueba de la existencia de defectos en la mercancía tenga lugar en el proceso contencioso (969).

969) En el Derecho italiano, el art. 1513 CC ital. 1942 desempeña un papel semejante al art. 2127 LEC. Dice así el art. 1513: "En caso de divergencia sobre la calidad o condición de la cosa, el vendedor o el comprador pueden pedir la verificación en las formas establecidas por el art. 696 del código de procedimiento civil. El juez, a instancia de la parte interesada, puede ordenar el depósito o el secuestro de la cosa, así como la venta por cuenta de su propietario, determinando las condiciones.

La parte que no haya pedido la verificación de la cosa, debe, en caso de litigio, probar su identidad y estado".

A propósito del primer párrafo del art. 1513, GRECO/COTTINO afirman, que la dificultad que imprime el paso del tiempo en la constatación de los defectos, es la que justifica que se ofrezca a los contratantes la posibilidad de una verificación preventiva (p. 370).

En cuanto al segundo párrafo del art. 1513, que señala que la "parte" que no realizó el procedimiento del art. 696 debe probar "rigurosamente" la identidad y estado de la cosa, GRECO/

Lo dicho no impide reconocer que, dado el peso que tiene la prueba pericial practicada en el procedimiento de jurisdic-

COTTINO señalan que se trata de una sanción de carácter "equivoco y controvertido" y hacen las siguientes precisiones interpretativas:

a) La palabra "parte" se refiere al comprador. El procedimiento del art. 696 no se traduce en un desplazamiento de la prueba de los defectos de calidad o de los vicios, que corresponde al comprador. La doctrina italiana suele indicar la "absurdidad de una interpretación diversa".

b) Mayores problemas de interpretación ofrece la palabra "rigurosamente". La doctrina y la jurisprudencia italianas se han inclinado, mayoritariamente, por entender que significa que sobre el comprador también recae la normal carga de la prueba, pese a que el transcurso del tiempo haya hecho que el eventual deterioro de la mercancía venga a hacer difícil su prueba. Esto es, que la dificultad en que se encuentra el adquirente de la cosa por no haber hecho tempestivamente el procedimiento del art. 1513 CC ital. 1942 no justifica margen alguno en la apreciación judicial.

Las anteriores precisiones se justifican en que dicho procedimiento consiste en una "verificación de naturaleza técnica propia de un procedimiento pericial". De todas formas --acaban diciendo GRECO/COTTINO-- no puede excluirse la posibilidad de sustituir esa comprobación técnica, mediante la prueba de testigos o de presunciones, a condición de que éstos puedan proporcionar ese relativo margen de seguridad que la comprobación técnica ofrece [GRECO/COTTINO "Della vendita (art. 1470-1547)", en "Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca", 2.^a ed., (1981), pp. 370-377; muy especialmente las pp. 373-374].

El antecedente inmediato de este art. 1513 CC ital. 1942 es el art. 71 CCO ital. 1882: "El Presidente del Tribunal de Comercio, ó el Pretor en los puntos donde no hubiere Tribunal, podrá ordenar á instancias del comprador ó del vendedor que la calidad y estado de la cosa vendida sean comprobados por uno ó más peritos nombrados de oficio.

En la misma providencia en que se nombren los peritos, ó en otra diferente, podrá ordenarse el depósito ó el secuestro de la cosa vendida en un local de público depósito, ó si no hubiere ninguno de esta clase, en el lugar que se designe, y cuando la conservación de la cosa pudiere causar perjuicio grave, podrá decretarse la venta por cuenta de quien corresponda y bajo las condiciones que en la misma providencia se determinen. (...) El comprador que no hubiese utilizado las disposiciones del presente artículo, queda obligado, en caso de litigio, á probar la identidad y los vicios de la mercadería de que se trate" [ROMERO GIRON/GARCIA MORENO "Colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos. Instituciones del Reino de Italia", tomo III, (1885)].

ción voluntaria del art. 2127 LEC, su resultado sea difícil de ser contradicho en el proceso contencioso.

B.3. La aplicación del procedimiento del art. 2127 LEC en los supuestos del art. 336 CCO. Justificación: Valoración crítica.

[207].- Una serie de autores califican de incorrecta la línea jurisprudencial que, sin más, conecta el art. 2127 LEC con el art. 336 CCO.

Estos autores señalan que el Tribunal Supremo incurre en el error de asimilar el segundo párrafo del art. 370 CCO de 1829, que es el expresamente mencionado por el art. 2127 LEC (970), con todo el art. 336 CCO, ya que el Tribunal Supremo no especifica el párrafo concreto, de los cuatro que componen el art. 336 CCO, que equivale al párrafo segundo del art. 370 CCO de 1829. A juicio de estos autores, el párrafo segundo del art. 370 CCO de 1829, que reconoce al vendedor la facultad de exigir el reconocimiento de la calidad de la mercancía en el momento de la entrega, con el fin de que el comprador no pueda más tarde reclamar, únicamente puede conectarse con el último y cuarto párrafo del art. 336 CCO, el cual también reconoce al vendedor esa facultad de exigir el reconocimiento de la mercancía (971).

970) Cfr. supra, nota n.º 928.

971) Art. 370.II CCO 1829: "El vendedor puede siempre exigir en el acto de la entrega que se haga el reconocimiento íntegro en calidad y cantidad de los géneros que el comprador reciba; y en este caso no habrá lugar a dicha reclamación después de entregados".

Art. 336.IV CCO: "El vendedor podrá evitar esta reclamación exigiendo en el acto de la entrega que se haga el reconocimiento, en cuanto a cantidad y calidad, a contento del comprador".

Esto significa que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 estableció el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC en favor del vendedor, como facultad de exigir el reconocimiento de la mercancía en el momento de la entrega. No pensó --al menos de manera clara-- en el comprador, y en sus posibles reclamaciones por los vicios de la mercancía.

Por tanto, el Tribunal Supremo ha "cambiado" (más correcto, ha "extendido") la previsión legal, de que el vendedor es quien puede instar el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC, a fin de evitar las posibles reclamaciones del comprador (art. 336.IV CCO), sustituyéndola por esta otra, de que es el comprador quien debe instar dicho procedimiento, en sus reclamaciones por los defectos de la mercancía (art. 336.I, II y III CCO) (972).

[208].- La argumentación de la doctrina en su crítica al Tribunal Supremo, en principio, nos parece correcta, y estamos de acuerdo con ella. Pero también creemos que admite la reflexión que sigue.

972) En este sentido son expresivas las palabras de F. SANCHEZ CALERO: "la falta de adaptación de las normas vigentes a las necesidades del tráfico, no está en el Código de comercio, sino en la interpretación que de él hace nuestro Tribunal Supremo. Es decir, creemos que en esta materia no es preciso hacer ninguna interpretación modificadora o modernizadora de nuestro Derecho positivo, para llegar a afirmar que éste no impone, como el propio Tribunal Supremo ha reconocido en algunas ocasiones, la necesidad del examen judicial previo a la denuncia de los vicios, sino que es otro el sistema que deriva de nuestro ordenamiento" [ADC, (1959), p. 1194]. Un poco más abajo expone su crítica sobre esta doctrina jurisprudencial creada en torno al art. 2127 LEC y 336 CCO: op. cit., pp. 1199-1201.

Véase también: F. RAMOS MENDEZ "La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio", (1978), pp. 68-72; J.M.^a GARRETA SUCH en RJC, (1976), pp. 895-896.

Si analizamos las sentencias que se refieren al problema que nos ocupa, podemos afirmar que, en general, son dos los rasgos que las caracterizan: En relación con el art. 336 CCO, justifican la exigencia del procedimiento de jurisdicción voluntaria, pero no indican el cauce del que resulta esa exigencia, de entre los mencionados en el propio art. 2127 LEC.

En ese panorama hay dos sentencias que podemos mencionar como excepción. La primera es la de 15 de junio de 1926. Esta expresamente identifica el párrafo II del art. 370 CCO de 1829 con los párrafos del art. 336 CCO que piensan en el comprador (los I, II y III) (973). La segunda excepción es la STS 2 de diciembre de 1954, que, en cambio, conecta el art. 370.II CCO de 1829 sólo con el art. 336.IV CCO (974).

La constatación, que acabamos de realizar, muestra que la doctrina, en su crítica al Tribunal Supremo, parte de un presupuesto: entiende que la vía por la que éste justifica que el comprador deba instar el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC consiste en identificar el art. 370.II CCO de 1829 con todos los párrafos del art. 336 CCO. En otras palabras, la doctrina atribuye al Tribunal Supremo una concreta manera de razonar y parece olvidar que esa exigencia del procedimiento de jurisdicción voluntaria puede justificarse de otra forma, como vamos a ver.

973) STS de 15 de junio de 1926: "y proveyendo a esta necesidad el artículo 2127 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en armonía con el artículo 370 del Código de Comercio a la sazón vigente, que equivale al 336 del actual, invocado por el comprador al formalizar dicho protesto, dispuso que (...)" (cdo n.º 4).

974) El considerando 4º, que es el que nos interesa, está reproducido supra, en nota n.º 953.

El art. 2127 LEC, tras la mención de una serie de artículos del CCO de 1829, acaba con la expresión, "y demás casos análogos". Se trata, pues, de una enumeración ejemplificativa, que admite extensión.

Si entendemos que el Tribunal Supremo apoya (implícitamente) la exigencia de que el comprador inste el procedimiento de jurisdicción voluntaria en la expresión, "y demás casos análogos", dicha exigencia jurisprudencial no podría ser objetada en su fundamentación jurídica, esto, al menos, desde un análisis estrictamente formal.

En cambio sí seguiría siendo criticable el alcance que el Tribunal Supremo ha dado a este procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC: el que sólo con él pueda probarse la existencia de defectos, y el que sea cauce necesario de la denuncia de los mismos (975).

De todas formas, aunque sea posible justificar la solución del Tribunal Supremo del modo que proponemos, nada nos indica que el mismo haya querido utilizar ese camino. Lo único cierto es que exige al comprador acudir al procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC, sin ofrecer de forma clara el argumento fundamentador de esa exigencia (a salvo las dos sentencias que como excepciones hemos señalado anteriormente).

975) Algunos autores señalan, con carácter de observación crítica, que la exigencia jurisprudencial de que el comprador inste el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC va en contra de la buena fe que debe imperar en el tráfico mercantil, por virtud del art. 57 CCO. Además, también supone un obstáculo a la agilidad que el comercio demanda, acentuándose esto, aun más, con el actual tráfico en masa [F. SANCHEZ CALERO, en ADC, (1959), pp. 1193-1194; GARRETA SUCH, en RJC, (1976), pp. 884, 893-895].

B.4. La aplicación del procedimiento del art. 2127 LEC en los supuestos del art. 342 CCO. Justificación: Valoración crítica.

[209].- Hemos indicado que el Tribunal Supremo no ofrece la justificación jurídica por la que, en algunas sentencias, exige que el comprador inste el procedimiento del art. 2127 LEC para la denuncia de los defectos ocultos de la mercancía. Hemos de entender que el apoyo normativo puede estar en la expresión, "y demás casos análogos", del art. 2127 LEC.

La crítica, que a esta doctrina jurisprudencial puede hacerse, es similar a la hecha en relación con los vicios aparentes del art. 336 CCO. Es criticable el alcance que para el Tribunal Supremo tiene dicho procedimiento de jurisdicción voluntaria; esto es, que sea el único cauce tanto para la denuncia de los defectos, cuanto para su prueba ⁽⁹⁷⁶⁾.

9.3. El incumplimiento por inhabilidad total de la cosa, las acciones de los arts. 1101 y 1124 CC y la compraventa mercantil.

A. Contenido.

[210].- En la enumeración inicial de los argumentos que el Tribunal Supremo emplea, siendo la compraventa mercantil ⁽⁹⁷⁷⁾, mencionamos, en segundo lugar, la doctrina del incumplimiento por inhabilidad de la cosa, que desencadena la aplicación de los arts. 1101 y 1124 CC ⁽⁹⁷⁸⁾. Recuérdese que se trata de una

⁹⁷⁶⁾ Véase la nota que antecede a ésta.

⁹⁷⁷⁾ Supra, n.ºm. 195.

⁹⁷⁸⁾ SS TS de 23 de marzo y 23 de septiembre de 1982; 20 de octubre, 22 de octubre y 19 de diciembre de 1984; 6 de marzo de

doctrina que el Tribunal Supremo también aplica a la compraventa civil, y dado que en el anterior capítulo, el II, ha sido objeto de especial análisis, nos remitimos a lo dicho en su momento (979). No obstante esta remisión general, consideramos conveniente caracterizar con dos breves notas a esta doctrina jurisprudencial, en su aplicación a la compraventa mercantil.

Primera: La doctrina del incumplimiento, por inhabilidad de la cosa, cronológicamente es aplicada a la compraventa mercantil tan sólo un poco más tarde que a la civil (980). Con un considerable grado de certeza, podemos afirmar que la STS de 23 de marzo de 1982 es, en el tiempo, la primera, dentro del conjunto de sentencias en las que el Tribunal Supremo ha aplicado esa doctrina del incumplimiento por inhabilidad a la compraventa mercantil (981).

1985 [comentada por R. BERCOVITZ en CCJC n.º 8, (1985), pp. 2471-2478]; 15 de abril de 1987; 7 de enero de 1988; 8 de marzo [comentada por RUBIO GARRIDO, ADC, (1990), fasc. I, pp. 279 y ss] y 6 de abril de 1989; y 1 de marzo de 1991.

979) Supra, n.ºm. 127 y ss.

980) Para que sea correcta la afirmación del texto, hemos de situarla en sus justos límites. Téngase presente, que en la doctrina del incumplimiento por inutilidad de la cosa al comprador, distinguimos dos grupos de sentencias, justificándolo en diferencias de matices de la argumentación (supra, n.ºm. 127). Uno lo caracterizamos, porque de modo constante aparecían una serie de afirmaciones: a) La conexión entre la inutilidad de la cosa y la insatisfacción del comprador. b) La frecuente invocación de la categoría del 'aliud pro alio'. Y c) la no confusión entre el incumplimiento y los vicios ocultos. A la compraventa mercantil se aplica la doctrina del incumplimiento por inhabilidad de la cosa, acompañada de tales afirmaciones.

981) Curiosamente la STS de 12 de marzo de 1982, que sólo antecede en unos pocos días a ésta, a la que ahora nos referimos, se expresa de una manera que da la sensación de negar, que la doctrina jurisprudencial del incumplimiento por inhabilidad de la cosa pueda aplicarse a la compraventa mercantil. Júzguese si no el texto, que a continuación reproducimos: "Si bien la entrega de una cosa diversa ("aliud pro alio") a la pactada en el contrato de compraventa,

Segunda: Hay que resaltar la importancia práctica de esta doctrina, puesto que el Tribunal Supremo la emplea hoy por hoy con frecuencia para decidir los casos de entrega de mercancías con anomalías cualitativas (982).

Por último, situándonos en una perspectiva valorativa, y en parte por encima del estricto marco que ofrece la compraventa mercantil, son oportunas estas otras dos consideraciones:

a) Entendemos que la aplicación de la doctrina del incumplimiento por inhabilidad de la cosa a la compraventa mercantil constituye un hecho que viene a abundar y a consolidar, la postura que el Tribunal Supremo actualmente defiende de otorgar una gran importancia al aspecto de la inutilidad de la cosa

determinante de pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto e insatisfacción total del acreedor, puede ser subsumida en los artículos 1101 y 1124 del Código civil (sentencias de 1 de julio de 1947, 30 de noviembre de 1973), cuando se trate de prestación defectuosa en la esfera mercantil, por vicios en la mercadería, el comprador ha de acudir a las normas específicas del saneamiento, sin que le venga permitido la utilización de las reglas generales del derecho común sobre el resarcimiento de daños y perjuicios inexacto" (cdo n.º 2).

Por otro lado, igual que cuando esa doctrina se aplica a la compraventa civil (supra, n.ºm. 132), entendemos, en relación a la mercantil, que ésta tiene un claro origen procesal. El vendedor, que es quien normalmente interpone el recurso de casación, alega la no aplicación de los arts. 1101 y 1124 CC, y la procedencia de los arts. 336 y/o 342 CCO, y, dado que el comprador reclamó fuera de plazo, es desestimable su pretensión. Es evidente, que la respuesta del Tribunal Supremo se adecúa a dicho planteamiento.

982) En la afirmación del texto tenemos presente, que la otra doctrina jurisprudencial construida en torno al art. 2127 LEC todavía no ha desaparecido, con lo que el Tribunal Supremo puede aplicarla a un caso dado (supra, n.ºm. 196). No obstante esto, a nuestro parecer el Tribunal Supremo tiende a tener en cuenta, cada vez más, si el objeto entregado fue inhábil a los fines del comprador, lo que encaja en la calificación de incumplimiento por "inhabilidad".

(983). Esto implica "favorecer" la protección del comprador frente a la del vendedor (984).

Esta tendencia a dar sustancial relevancia a la inutilidad de la cosa, para favorecer la protección del comprador, no está ligada al carácter civil o mercantil de la compraventa --al tráfico entre particulares, o al entre profesionales y particulares, o al entre profesionales-- sino que son dos realidades inherentes a la evolución, que la interpretación de las normas relativas a las anomalías cualitativas de la cosa en el contrato de compraventa han experimentado.

b) La aplicación de la doctrina de la inhabilidad de la cosa a la compraventa mercantil ha supuesto un importante cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consistente en que ahora los intereses del comprador encuentran una efectiva protección, cosa que parece que no ocurría con la otra línea jurisprudencial que exige para la aplicación de los arts. 336 y 342 CCO la tramitación del procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC, que normalmente conducía a que la pretensión del comprador fuera desestimada (985).

983) Recuérdese la exposición dedicada a las sentencias del Tribunal Supremo que aplican normas del Código civil (supra, n.ºm. 124 y ss): cómo la idea de la inutilidad de la cosa está presente en la interpretación de artículos tan dispares como son los arts. 1101 y 1124, 1266, 1484 y ss, y 1591.I CC.

984) Esto se deduce del siguiente hecho: de entre las sentencias localizadas, que tienen presente la doctrina del incumplimiento por inhabilidad de la cosa --hacen un total de once (son las citadas supra, nota n.º 978)--, tan sólo tres de ellas aplican los arts. 336 y 342 CCO y desestiman la pretensión del comprador. Se trata de las SS TS de 23 de septiembre de 1982, 15 de abril de 1987 y 6 de abril de 1989. El resto aplica los arts. 1101 y 1124 CC y estima total o parcialmente la pretensión del comprador.

985) Cfr. supra, nota n.º 934.

B. Observaciones críticas.

[211].- Damos por reproducidas las observaciones críticas señaladas en la exposición de esta doctrina jurisprudencial, a propósito de la compraventa civil (⁹⁸⁶). Pero a dichas observaciones hemos de añadir otras dos. La primera consiste en una reflexión sobre el alcance y consecuencias de esta doctrina en nuestro ordenamiento; la segunda, se centra más en la compraventa mercantil.

B.1. Unificación material del régimen de la compraventa civil y mercantil en el problema de las anomalías cualitativas de la cosa.

[212].- Con la línea jurisprudencial expuesta, el Tribunal Supremo rompe la dualidad de regímenes por la que el legislador del XIX optó para las reclamaciones por defectos en la cosa. Estos dos regímenes --de sobra lo sabemos-- son el de los arts. 1484 y ss CC, para la compraventa civil, y el de los arts. 336 y 342 CCO, para la compraventa mercantil.

Junto a dicha ruptura, el Tribunal Supremo ha "creado" ('de facto') un régimen único y común para ambas modalidades de

⁹⁸⁶) Supra, n.ºm. 133 y ss. Recordémoslas de modo esquemático: a) El distinto modo de producirse el incumplimiento en la compraventa específica y en la genérica: incumplimiento de deberes de prestación. b) La insatisfactoria distinción jurisprudencial entre el supuesto del incumplimiento y el de los vicios ocultos. c) El principio de la seguridad jurídica en las reclamaciones por las anomalías cualitativas de la cosa. El problema de la determinación de la 'causa petendi', en el proceso civil.

compraventa, el del incumplimiento "por inhabilidad" de la cosa, desencadenador de la protección que ofrecen los arts. 1101 y 1124 CC.

Sobre la realidad de un régimen único y común, en el que es irrelevante el carácter civil o mercantil de la compraventa celebrada, parece darse expresa cuenta la STS de 29 de febrero de 1988, que emplea en la solución del caso la doctrina del incumplimiento por inhabilidad de la cosa (987). Frente a la alegación realizada por el vendedor, de que los artículos aplicables eran los 336 y 342 CCO y no el art. 1124 CC, lo cual hubiera llevado a la desestimación de la pretensión del comprador, esta sentencia señala que dicho art. 1124 CC fue correctamente aplicado. Y pensando en la oportunidad de su aplicación afirma, de inmediato, que ello se produce "con independencia de que la compraventa sea civil o mercantil" (FD n.º 3) (988).

Nótese, que el hecho de que el Tribunal Supremo decida con independencia de la naturaleza de la compraventa celebrada, puede constituir un argumento a favor de los autores defensores de la tesis --de "lege ferenda"-- de que haya en nuestro ordenamiento una regulación única en materia de obligaciones y con-

987) E implícitamente el Tribunal Supremo supera dicha clasificación de la compraventa, en cuanto que no suele plantearse el posible carácter mercantil, en casos que claramente entran en el tenor del art. 325 CCO.

988) El caso consistió en la adquisición de unas máquinas de juegos recreativos que se vendieron como nuevas, comprobándose después que habían sido usadas, y siendo ésta la causa de que tales máquinas fueran inútiles. El comprador demandó al vendedor suplicando la resolución de la compraventa; y, subsidiariamente, indemnización. La primera instancia estimó, en parte, la demanda: condenó al pago de una determinada cantidad. La segunda instancia declaró resuelta la compraventa.

tratos (989). En dicha materia --más concretamente en la de los defectos de la cosa-- la práctica se habría adelantado a la aspiración de una regulación única (990). Pero, curiosamente, la unificación se habría producido según criterios civiles, y no según criterios mercantiles.

Si bien, desde el punto de vista teórico, la doctrina jurisprudencial del incumplimiento por inhabilidad de la cosa permite la aplicación de los arts. 336 y 342 CCO, siempre y cuando el caso enjuiciado encaje en sus respectivos supuestos de hecho (991), lo cierto es que, cuando el Tribunal Supremo la utiliza, acaba, normalmente, aplicando los arts. 1101 y 1124 CC, y no los 336 y 342 CCO (992). Es un hecho que ya indicamos,

989) Recuérdese supra, nota n.º 714.

990) Pese al tiempo transcurrido, son muy esclarecedoras las afirmaciones de VIVANTE cuando era partidario de la unificación del Derecho civil y del mercantil (cfr. supra, nota n.º 714). Aunque sus palabras valoran el significado de la supresión de los tribunales de comercio, en relación a los casos en que no hay norma aplicable, pueden también servir a nuestra exposición. Dice VIVANTE: "es cierto [que] los jueces ordinarios, aplicando simultáneamente el Código civil y el Código de comercio, con el mismo procedimiento, acabarán por formar un criterio único para solucionar los litigios civiles y comerciales, no expresamente reglados por ley: unidad de jurisprudencia que prepara la unidad legislativa" [C. VIVANTE "L'unité du droit privé", en "Traité de droit commercial", tome I, 3ème éd. italienne, (1907-1909), p. 16].

991) Recuérdese, que esta doctrina jurisprudencial señala que son dos supuestos distintos, el del incumplimiento por inhabilidad de la cosa y el de los vicios, aunque en ocasiones reconoce la dificultad práctica de su distinción.

992) Ya dijimos (supra, nota n.º 984), que de las once sentencias localizadas, que tienen en cuenta la doctrina del incumplimiento por inhabilidad de la cosa, en relación a la compraventa mercantil, sólo tres calificaron el caso, no de incumplimiento, sino de defectos, procediendo la aplicación de los arts. 336 o/y 342 CCO.

No obstante, advirtamos de la existencia de este otro hecho: la línea jurisprudencial del incumplimiento por inhabilidad de la cosa coexiste con otras sentencias del Tribunal Supremo que, resolviendo asimismo sobre compraventas mercantiles,

en relación a la compraventa civil (993).

B.2. La posible ruptura de la idea de que la seguridad y la rapidez que exige el tráfico mercantil imponen la existencia de plazos cortos en el ejercicio de acciones.

[213].- En algunas ocasiones el Tribunal Supremo ha afirmado que la seguridad y la rapidez propias del tráfico mercantil imponen el que los distintos plazos de ejercicio de las acciones sean plazos de corta duración. Esta afirmación se traduce en la exigencia, de que los problemas interpretativos que los arts. 336 y 342 CCO plantean sobre el plazo en que pueden ejercitarse las acciones que respectivamente otorgan (994), tengan que resolverse a favor de aquella solución que mayormente garantice dichas exigencias de seguridad y rapidez.

Aplicando el criterio anterior, el Tribunal Supremo ha entendido que los plazos de cuatro y treinta días, que expresa y respectivamente mencionan los arts. 336 y 342 CCO, son plazos de denuncia de los defectos. En cuanto al plazo de ejercicio de

no tienen presente de ninguna manera a aquella doctrina, y se limitan a aplicar los arts 336 o/y 342 CCO. Cfr. en el apéndice final de extractos de sentencias del Tribunal Supremo, las SS TS de 17 de octubre de 1983; 6 de julio, 13 de julio, 26 de septiembre y 23 de octubre de 1984; 16 de septiembre y 15 de octubre de 1985; 20 de febrero de 1986; 28 de enero, 8 de julio y 3 de noviembre de 1988.

Posiblemente esta coexistencia de orientaciones en la jurisprudencia del Tribunal Supremo tenga su causa en la forma en que las partes plantean el debate.

993) Supra, n.ºm. 137.

994) Recuérdese que estos problemas de interpretación también se lo plantea la doctrina (supra, n.ºm. 183, 184 y 185).

acciones por defectos en la mercancía, el Tribunal Supremo ha considerado que se aplica el plazo de seis meses, que el art. 1490 CC señala para los vicios ocultos (995).

El apoyo, que básicamente ha permitido al Tribunal Supremo acudir al art. 1490 CC, es el carácter supletorio que posee el Código civil, en relación al Código de comercio, carácter que

995) SS TS de 2 de diciembre de 1954; 16 de diciembre de 1955 (hablamos de ella un poco más abajo); 28 de enero de 1967; 12 de junio de 1971; 5 de julio de 1975; 14 de abril de 1978; 12 de marzo de 1982; 26 de septiembre de 1984; 6 de abril de 1989.

La STS de 20 de noviembre de 1991 recoge la fundamentación jurídica de las sentencias de instancia, que señalaron, que el plazo de treinta días del art. 342 CCO es para la denuncia de defectos y el plazo de ejercicio de acciones es de seis meses, por aplicación del art. 1490 CC.

Tres indicaciones, a propósito de los plazos de los arts. 336 y 342 CCO:

a) En cuanto a su naturaleza, como plazos de prescripción o de caducidad, en una primera etapa el Tribunal Supremo se inclinó por la prescripción (SS TS de 28 de marzo de 1924 y 15 de junio de 1926); en una segunda, por la caducidad (SS TS 6 de abril de 1967; 5 de julio de 1975; 20 de octubre de 1978; 12 de marzo de 1982; 22 de octubre y 19 de diciembre de 1984; 6 de abril de 1969).

b) En cuanto a su posible modificación por la autonomía de la voluntad, el Tribunal Supremo afirmó, en la sentencia de 21 de febrero de 1957, que cuando la ley señala plazos fijos, como en los arts. 336 y 342 CCO, lo hace de forma imperativa, lo cual significa que las partes no pueden alterarlos. En cambio, en la sentencia de 15 de marzo de 1975, el Tribunal Supremo reconoció eficacia a los pactos que modifican el plazo de treinta días, contenido en el art. 342 CCO, y, de hecho, casó la sentencia de instancia, por cuanto que ésta no había dado eficacia al pacto que señalaba que el comprador debía reclamar en los ocho días siguientes a la entrega (infracción del art. 1255 CC). Justificó su decisión en que, si por virtud del art. 345 CCO el saneamiento es renunciable, con mayor motivo puede limitarse su ejercicio. Sobre este tema puede consultarse F. SANCHEZ CALERO, en ADC, (1959), pp. 1211-1217.

c) Por último, hay que dejar constancia de que, si bien en tres ocasiones nos hemos encontrado con que el comprador alegaba en su recurso de casación la existencia de fraude de parte del vendedor --no operando por ello la regla del plazo de los cuatro días del art. 336 CCO--, en ninguna de esas tres ocasiones el Tribunal Supremo estimó tal alegación. Nos referimos a las SS TS de 11 de marzo y 17 de octubre de 1957, y 24 de abril de 1958.

éste reconoce, expresamente, en materia de obligaciones y contratos (cfr. art. 50 CCO). En alguna aislada ocasión el Tribunal Supremo también ha aludido a la genérica remisión que, a propósito de los plazos de prescripción de las acciones, hace el art. 943 CCO al Código civil (996).

Con estos plazos de cuatro días (art. 336 CCO) y treinta días (art. 342 CCO) para la denuncia de los defectos, y de seis meses (art. 1490 CC) para el ejercicio de acciones, se cumplen esas exigencias de seguridad y de celeridad inherentes al trá-

996) Por descontado que somos conscientes de que tanto el art. 50 CCO, cuanto el 943 CCO, y también el 2.º CCO emplean la expresión "Derecho común" y no la de "Código civil".

Teniendo presente que en nuestro ordenamiento coexisten una pluralidad de Derechos civiles, la expresión "Derecho común" ha planteado la cuestión de si debe identificarse sólo con el Derecho civil del Código civil --el Derecho de Castilla--, o con el Derecho civil del Código civil y de los Derechos forales --ahora autonómicos--. No se trata de una cuestión sin importancia, puesto que un mismo caso puede ser resuelto de distinta forma, según se sea partidario de una u otra solución. De hecho, tal cuestión ha llegado a ser planteada ante el Tribunal Supremo, el cual unas veces ha identificado el "Derecho común" con el Derecho del Código civil, y otras, con todos los Derechos civiles españoles. Esta segunda postura parece ser la actualmente vigente (STS de 28 de junio de 1968; bastante más matizadamente la STS de 16 de febrero de 1987) [J.L. LACRUZ BERDEJO/J. DELGADO ECHEVERRIA "Elementos I-1º", ed. 1988, pp. 129-130; y el comentario que DELGADO ECHEVERRIA hace a esa STS de 16 de febrero de 1987 en CCJC, n.º 13, (1987), pp. 4327-4344].

Precisamente, en relación con el plazo de ejercicio de las acciones del art. 342 CCO, puede plantearse el problema al que aludimos, a propósito del Derecho civil de Navarra. La Ley 35 de la Compilación Foral de Navarra establece que el comprador dispone del plazo de un año para ejercitar la acción 'quantum minoris', mientras que el CC concede un plazo de seis meses. Según que identifiquemos las palabras "Derecho común" con una u otra opción, el comprador podrá o no reclamar al vendedor en el período que media entre los seis meses desde la entrega hasta el año de la misma.

Aunque en modo alguno se plantea este problema del art. 342 CCO, sino el de la naturaleza indemnizatoria o de restablecimiento de la equivalencia contractual de la acción 'quantum minoris', véase la sentencia del Tribunal Superior de Navarra de 28 de abril de 1992 (AR. 6197).

fico mercantil (997).

La anterior aseveración se confirma desde otra perspectiva, si tenemos presente que el Tribunal Supremo ha rechazado (bien indirectamente, bien expresamente) otras posibles vías de determinación del plazo de ejercicio de acciones, que, indudablemente, lo dilatan. Vamos a referirnos a dos:

a) La primera consiste en entender que el plazo de ejercicio de acciones es de quince años, por virtud del art. 1964 CC.

Puede llegarse a esta solución a través del siguiente razonamiento: Por un lado, los plazos de cuatro y treinta días son plazos de denuncia de defectos y, por tanto, las acciones de los arts. 336 y 342 CCO no tienen señalado un plazo especial de ejercicio; por otro, el art. 943 CCO se remite al Código civil para la determinación de los plazos de prescripción de las acciones, y en dicho cuerpo legal, el art. 1964 CC señala un plazo de quince años para todas aquellas acciones que no tengan plazo especial de ejercicio.

Es cierto que esta construcción no ha sido expresamente rechazada por el Tribunal Supremo (998). Tal vez, porque ningún

997) Además de las que a continuación citamos en el texto, tienen presente la idea de seguridad y rapidez en el tráfico mercantil las SS TS de 20 de octubre de 1978 y 15 de abril de 1987.

998) Ni tampoco expresamente admitida en relación al art. 342 CCO, tal y como afirma VICENT CHULIA ["Compendio crítico de Derecho mercantil", II, 3.ª ed., (1990)]. Este autor señala, que la interpretación, de que el plazo de denuncia de defectos es de treinta días y el plazo de ejercicio de acciones de quince años, "se ha introducido un tanto subrepticamente en las Sentencias de 16 de junio de 1972 y 14 de mayo de 1979" (op. cit., p. 119).

Creemos, que cuando este autor habla de la STS de 14 de mayo de 1979, debe tratarse de una errata de imprenta, queriéndose decir la STS de 30 de mayo de 1979. Esto lo apuntamos, porque en páginas anteriores --las pp. 89 y 90-- había aludido a las SS TS de 16 de junio de 1972 y 30 de mayo de 1979 como sentencias que defendían la presente interpretación en materia

recurrente en casación la ha planteado. No obstante esto, apo-

de plazos (idéntica errata habría en la 2.ª ed. de su "Compendio"; cfr. pp. 84 y 85, y 115). De todas formas, tanto si se trata de la STS de 14 de mayo de 1979, como de la STS de 30 de mayo de 1979, en ninguna de ellas hemos encontrado la tesis que VICENT CHULIA dice que sostienen.

En el caso de la STS de 30 de mayo de 1979, el vendedor demandó al comprador, porque éste todavía no le había pagado una parte del precio, que fijó de acuerdo a unas letras de cambio que el comprador había aceptado. Tanto la primera como la segunda instancia estimaron la pretensión del vendedor, si bien la última absolvió a la esposa del comprador. Entre otras cosas, en el recurso de casación interpuesto por el comprador se alegó aplicación indebida del art. 1964 CC e inaplicación del (derogado) art. 950 CCO: el plazo que el vendedor disponía para reclamar era de tres años y éste había transcurrido, cuando el vendedor interpuso su demanda.

El Tribunal Supremo señaló que el plazo aplicable era el de quince años del art. 1964 CC y no el de tres años del (antiguo) art. 950 CCO, porque "es indudable que la acción ejercitada es la declarativa ordinaria, derivada de un contrato de compraventa y no la cambiaria dimanante del contrato abstracto cambiario que toda letra lleva consigo" (cdo n.º 4). Nótese que se trata de una reclamación de pago del precio que hace el vendedor, y no de una reclamación por vicios de la mercancía.

El caso de la STS de 14 de mayo de 1979 es similar al de esa STS de 30 de mayo de 1979, si bien aquí la compraventa es calificada de civil, y no de mercantil, como hace la de 30 de mayo de 1979, lo cual conlleva relevantes consecuencias. Se trataba de la compraventa de un ómnibus. Para el pago del precio el comprador aceptó una serie de letras de cambio, que fueron avaladas. Ante la falta de pago de la mayor parte del precio, el vendedor demandó al comprador y avalista suplicando su pago. La sentencia de la Audiencia estimó sustancialmente la demanda, y el avalista --el comprador fue declarado en rebeldía-- interpuso recurso de casación, en el cual básicamente alegó inaplicación del art. 1967.4ª CC: el vendedor había interpuesto su demanda fuera del plazo de tres años; y aplicación indebida del art. 1964 CC. El Tribunal Supremo estimó el recurso y casó la sentencia de instancia. Adviértase que también se trata de una reclamación de pago del precio, y no de una por defectos de la mercancía.

En cuanto a la STS de 16 de junio de 1972, VICENT CHULIA dice que en el caso de esta sentencia, el comprador denunció los vicios del objeto dentro del plazo del art. 342 CCO, y que el Tribunal Supremo rechazó que se aplicase el plazo de seis meses del art. 1490 CC, "de lo que parece deducirse que el plazo de prescripción sería el de quince años del art. 1964 CC, general para las acciones personales que no tengan fijado otro más breve" (op. cit., 3.ª ed., p. 90).

Aquí, ya sí nos encontramos ante una reclamación por defectos de la mercancía. Es cierto que el Tribunal Supremo declara improcedente la aplicación del art. 1490 CC (cdo n.º 3). Ahora bien, dado que esta sentencia no está publicada en la colección oficial y que sólo hemos tenido acceso a la publicada en el repertorio de Aranzadi, no hemos podido conocer con exac-

yándonos en dos sentencias podemos, indirectamente, entender que, si hubiera ocurrido así, el Tribunal Supremo la habría rechazado.

La primera sentencia es de 12 de marzo de 1982. El comprador, recurrente en casación, había alegado, básicamente, aplicación indebida del art. 342 CCO, e inaplicación del art. 1101 CC: pretendía que se le indemnizase. El Tribunal Supremo no estimó el recurso de casación, y entre los argumentos que con tal fin utilizó, afirmó lo siguiente: "Resultaría contrario a la

titud cómo se articuló el recurso de casación interpuesto por el vendedor, lo que a su vez nos impide concretar el alcance con que el Tribunal Supremo hace aquella afirmación.

De todas formas, nos parece dudoso deducir de la afirmación de que el art. 1490 CC es inaplicable, el que el plazo de ejercicio de las acciones del art. 342 CCO sea el de quince años, en virtud del art. 1964 CC. Dejando a un lado cuál fuera el concreto desarrollo de la argumentación del recurso de casación, es extraño que el Tribunal Supremo no diga, directamente, que el art. 1490 CC es inaplicable, porque el aplicable es el art. 1964 CC; y es extraño porque se trataría de la única sentencia que admitiría un plazo de ejercicio de quince años, lo que nos parece un hecho a destacar por el propio Tribunal Supremo, si además tenemos en cuenta que hay una sólida línea jurisprudencial que señala que el plazo de ejercicio de las acciones del art. 342 CCO es el de seis meses del art. 1490 CC (cfr. las SS TS citadas supra, en nota n.º 995).

A nuestro entender, y admitiendo la posibilidad de un margen de equivocación, puesto que esta sentencia de 16 de junio de 1972 no es muy clara, cuando el Tribunal Supremo destaca con carácter de hecho firme que el comprador reclamó dentro del plazo de los treinta días del art. 342 CCO (cdos n.º 1 y n.º 3), podemos interpretar que dicha reclamación fue judicial y que esta sentencia es partidaria de entender que, tanto la denuncia de defectos, como el ejercicio de las acciones del art. 342 CCO, deben realizarse dentro del plazo de treinta días.

Tras todo lo dicho se comprende que nos parezca criticable la afirmación, que E. SECO CARO hace sobre el plazo de ejercicio de las acciones del art. 342 CCO: "Alguna jurisprudencia ha concedido, creemos que equivocadamente, la acción personal con el plazo de prescripción general de quince años, conforme al art. 1.964 del Código civil" ["Derecho mercantil" dirigido y coordinado por G.J. JIMENEZ SANCHEZ, (1990), p. 793].

seguridad del tráfico, de tanta significación en el ámbito comercial, conceder el dilatado lapso de los quince años al comprador que recibe sin protesta la mercancía y se abstiene de entablar reclamación dentro de los plazos perentorios que fija el Código de Comercio para la existencia de vicios o defectos" (cdo n.º 5) (999).

La fecha de la segunda sentencia es de 23 de septiembre de 1982. Nótese que se trata de dos sentencias muy cercanas en el tiempo. Aunque esta sentencia tampoco tiene presente el anterior razonamiento, sí contiene unas afirmaciones que consideramos bastantes esclarecedoras. En el caso, también el comprador fue el recurrente en casación. Pretendía la aplicación del art. 1101 CC, en lugar de la del art. 336 CCO. Para ello alegó la doctrina de la compatibilidad entre acciones (1000).

El Tribunal Supremo señaló que, por tratarse de una prestación defectuosa, el comprador debía acudir a las normas de saneamiento del Código de comercio; y, reflexionando sólo sobre el art. 336 CCO, afirmó que se trata de "una especificación normativa fundada en el carácter mercantil de la compraventa en cuestión y justificada en la expeditiva ejecutoriedad requerida por el tráfico de ese orden, que sacrifica en ocasiones la razón de una queja por el incumplimiento a la rápida protesta formal y solemne de la misma, es decir, a la pérdida del posi-

999) Estas palabras del considerando n.º 5 de la STS de 12 de marzo de 1982 se encuentran reproducidas (idénticamente) en el considerando n.º 3 de la STS de 20 de noviembre de 1991, que expone la fundamentación jurídica de las sentencias de primera y segunda instancia, y que no menciona esa STS de 12 de marzo de 1982.

1000) Cfr. supra, n.º 121 y ss.

ble derecho en beneficio del tráfico mercantil y de la seguridad y eficacia" (cdo n.º 4).

b) La otra posible vía para la determinación del plazo consiste en acudir al art. 1299 CC que señala un plazo de ejercicio de cuatro años para las acciones "rescisorias".

El razonamiento utilizado guarda similitud con el anterior: El art. 336 no menciona un plazo de ejercicio de acciones, sino de denuncia de defectos, y en esos casos el art. 943 CCO remite al Código civil, para determinar dicho plazo de ejercicio. Dado que el Código de comercio califica la acción de desvinculación contractual del art. 336 CCO de acción rescisoria, lo procedente es acudir al régimen que sobre dichas acciones ofrece el Código civil en sus arts. 1291 y ss. El art. 1299 CC señala que las acciones rescisorias cuentan con un período de ejercicio de cuatro años.

Esta construcción sí ha sido expresamente rechazada por el Tribunal Supremo. Concretamente, fue en su sentencia de 16 de diciembre de 1955, en la que, si bien resolvió sobre una compraventa mercantil sobre muestras, hace una serie de afirmaciones entre las que se incluye la que ahora nos interesa.

Según el Tribunal Supremo el comprador no dispone del plazo de cuatro años que preceptúa el art. 1299 CC, sino del de seis meses del art. 1490 CC, puesto que no puede dudarse el "que ésta última norma especial para la compraventa deba ser aplicada con preferencia a la norma general de rescisión de contratos" (1001). Junto a esta razón, añadió otra, que preci

1001) STS de 16 de diciembre de 1955, cdo n.º 3.

En la solución del caso era decisivo optar a favor de una u otra alternativa: si se aplicaba el plazo de cuatro años, como hizo la sentencia de la Audiencia, la pretensión del comprador era estimable; mientras que si se aplicaba el plazo de seis

samente es la que a nosotros afecta: Si ello no fuera así, se iría en contra de la "rapidez" que debe presidir el tráfico mercantil (1002).

[214].- Tras lo expuesto, creemos que resulta comprensible la observación crítica que apuntábamos en el epígrafe de este apartado. La aplicación que el Tribunal Supremo hace de su doctrina del incumplimiento por inhabilidad de la cosa a la compraventa mercantil supone romper, implícitamente, con esta otra doctrina jurisprudencial que señala que en asuntos mercantiles los plazos de ejercicio de las acciones deben ser plazos breves, a fin de obtener seguridad y rapidez para el tráfico.

Adviértase que aplicar la doctrina del incumplimiento por inhabilidad de la cosa se traduce en que el comprador dispone

meses, como en este caso hizo el Tribunal Supremo, la pretensión del comprador era desestimable.

A nuestro parecer, la sentencia de la Audiencia es criticable, en cuanto que el argumento de que el comprador interpusiera una acción rescisoria, y que la acción del art. 327 CCO es acción de carácter rescisorio, es algo endeble. En la época en la que el Código de comercio fue redactado, desde luego que el término rescisión no fue empleado en el estricto sentido técnico, que un poco más tarde recibió. Además, la ley especial de rescisión deroga a la general. En cambio, es probable, que la solución del Tribunal Supremo se justifique en un criterio de equidad: tal vez era razonable la estimación de la pretensión del comprador.

1002) Textualmente: "B) porque en materia mercantil los plazos de prescripción de acciones son y deben ser más breves que los marcados por la Legislación común en atención a exigencias de rapidez en el tráfico comercial" (cdo n.º 5).

Ya pensando en el caso enjuiciado (compraventa de judías), el Tribunal Supremo ofrece otra razón de la necesidad de la celeridad en el tráfico mercantil: dicha exigencia de rapidez se acentúa cuando se trata de mercancías destinadas al consumo, que se pueden deteriorar en un breve período de tiempo. Si el comprador dispusiera de amplios plazos en los que poder reclamar, el vendedor sufriría un grave quebranto en su patrimonio, porque, o no recibiría la mercancía, o la recibiría en estado inservible.

de un plazo de ejercicio de acciones de quince años, al cual se califica de plazo de prescripción (el de los arts. 1101 y 1124 CC), mientras que la aplicación de los arts. 336 y 342 CCO conlleva un plazo de ejercicio de acciones de seis meses, al cual, hoy por hoy, se le considera de caducidad (1003). Este resultado se produce porque, insistimos una vez más en ello, el Tribunal Supremo emplea el mismo criterio para calificar el supuesto de incumplimiento por inhabilidad de la cosa y el vicio o defecto en la mercancía: el de la inutilidad (1004).

Matizando nuestra observación crítica, señalemos que hemos constatado cómo ninguna de las sentencias que aplican la doctrina del incumplimiento por inhabilidad de la cosa a la compraventa mercantil (1005), excepción de la STS de 20 de octubre de 1984, llega a cuestionarse si con ello pueden lesionarse la seguridad y la rapidez que demandan el tráfico mercantil; y, precisamente, esta sentencia de 20 de octubre de 1984, que sí se lo plantea, niega que la idea de seguridad pueda impedir la aplicación de la doctrina del incumplimiento por inhabilidad de la cosa a la compraventa mercantil.

Dice textualmente: "sin que sea obstáculo para la seguridad del tráfico mercantil, cuya consideración no puede servir de amparo, por exigencia de la buena fe en el tráfico, sea ci-

1003) Sobre la evolución jurisprudencial acerca de la calificación como plazo de prescripción o de caducidad del plazo del art. 1490 CC, véase supra, la nota n.º 537.

1004) Supra, n.ºm. 135.

1005) Supra, nota n.º 978.

vil o mercantil, a la conducta incorrecta del vendedor refugiado en el carácter oculto de una falta de calidad esencial del objeto genérico vendido, cuya inidoneidad para el fin a que estaba, conocidamente, destinado, sólo era revelable largo tiempo después de que la entrega tuvo lugar y desde luego del transcurso de los plazos para el ejercicio de las acciones edilicias que el Ordenamiento mercantil señala" (1006).

9.4. La aceptación de la mercancía por el comprador.

A. Contenido.

[215].- Otro de los argumentos que el Tribunal Supremo ha empleado en la compraventa mercantil --ciertamente lo ha hecho en pocas ocasiones, y para desestimar el recurso de casación del comprador-- es que el comprador ha aceptado la mercancía que le fue entregada (1007).

En la determinación de esta circunstancia, el Tribunal Supremo no sólo ha tenido en cuenta el hecho, de que el comprador diera su conformidad a la mercancía entregada, o que éste no denunciara defecto alguno, sino, además, el que hubiera utilizado la mercancía de alguna manera (1008), o el que hubiera dejado transcurrir un plazo excesivo de tiempo (1009).

1006) STS de 20 de octubre de 1984, cdo n.º 3. Confróntese estas afirmaciones con las de la STS de 23 de septiembre de 1982.

1007) SS TS de 23 de noviembre de 1957; 16 de septiembre de 1985; 20 de febrero de 1986; y 3 de noviembre de 1988.

1008) STS de 20 de febrero de 1986.

1009) Lo es, más de tres años desde la recepción de la mercancía: STS de 16 de septiembre de 1985.

B. Observaciones críticas.

[216].- En principio, nada tenemos que objetar a este argumento. Tan sólo hemos de apuntar alguna reflexión sobre el mismo, tomando en cuenta, particularmente, los casos en los que la aceptación no ha sido expresa.

Teniendo en cuenta los casos en los que el Tribunal Supremo considera que el comprador ha aceptado la mercancía, se advierte que la aceptación no ha de ser expresa, y hasta puede entenderse que se ha producido aunque no haya existido una verdadera manifestación de voluntad.

Nos ha parecido curioso no encontrar en los diferentes recursos de casación interpuestos por los compradores, alegación alguna, de que la aceptación no fuera eficaz por estar viciada de error, o por no haber existido (1010).

1010) Siempre y cuando esa alegación de error o de inexistencia tenga lugar dentro de los plazos de cuatro o treinta días de los arts. 336 y 342 CCO.

Por contra, hemos encontrado un recurso de casación, interpuesto por el vendedor, en el que entre otras cosas se alegaba, que el comprador había aceptado la mercancía. Se trata de la STS de 8 de marzo de 1989. El vendedor se apoyó en el art. 1311 CC (confirmación), en concordancia con la doctrina de los actos propios, y señaló que "quien hace uso conforme a lo convenido, de la cosa y ejecuta así el contrato es porque admite quedar recíprocamente vinculado" (FD n.º 6).

El Tribunal Supremo rechazó el motivo, porque, el que el comprador utilizase el papel de envolver mantequilla, cuando ya había recibido devoluciones de ella, "no es por sí solo eficaz para generar la confirmación de otros suministros de papel de envase (...) puesto que, de una parte, tratándose de suministros independientes, lo que se acepta en relación a unos, de manera alguna vincula a los demás" (FD n.º 6). También señaló, que la confirmación sólo procede en los contratos anulables; no en los nulos, como era el caso de autos, puesto que "al no ser entregada la cosa convenida --material susceptible al envase de la mantequilla-- falta realmente el objeto del contrato, y por tanto uno de los esenciales elementos para darle vida en el campo del derecho" (FD n.º 6).

Este razonamiento jurisprudencial es criticado por RUBIO

Interesa recordar aquí la STS de 16 de junio de 1984 (1011), que estimó la pretensión indemnizatoria del comprador por los defectos de que adolecía la mercancía entregada. Niega que el pago de algunas de las partidas del género crease una situación inamovible. Para ello se apoya en la doctrina de los actos propios.

Hemos de tener presente qué es lo que el Tribunal Supremo entiende por acto propio. Según él, se trata de aquel acto que crea o modifica algún derecho, causando estado y definiendo inalterablemente la posición de su autor (1012). En otras palabras, para el Tribunal Supremo el acto propio consiste en una declaración de voluntad, ya expresa, ya tácita.

Cuando en esa sentencia de 16 de junio de 1984 el Tribunal Supremo casa la de instancia, porque el acto del comprador de pagar parte de la mercancía no supone crear una situación jurídica inalterable (doctrina de los actos propios), está afirmando, en el fondo, que el acto de pagar no debe ser interpretado como declaración de voluntad de aceptar la mercancía (1013), lo

GARRIDO, porque resulta incoherente dentro de una sentencia, que declara la resolución contractual por incumplimiento e indemnización por daños y perjuicios, lo que implica partir del presupuesto de la validez del contrato [ADC, (1990), fasc. I, pp. 291-293].

1011) Se encuentra comentada por L. DIEZ-PICAZO en CCJC, n.º 6, (1984), pp. 1855-1860.

1012) L. DIEZ-PICAZO "La doctrina de los propios actos. (Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo)", (1963), pp. 112-115 y 117-118.

1013) Estamos de acuerdo con L. DIEZ-PICAZO en que el concepto que de acto propio maneja el Tribunal Supremo no es acertado. Según este autor son posibles dos construcciones teóricas de los actos propios:

a) Según la primera, la doctrina de los actos propios significa que no puede irse en contra de una previa declaración de voluntad (expresa o tácita) que cree, modifique o extinga un

que hace que sea eficaz la reclamación del comprador.

9.5. La falta de denuncia del defecto, o el ejercicio extemporáneo de la acción. La no demostración de la existencia de defectos en la mercancía.

derecho o situación jurídica. Esta construcción se mueve en la teoría del negocio jurídico en la que lo relevante es la existencia de un acto de voluntad, y de aquí que pueda ser impugnado, si la voluntad se encontraba viciada, o no existió.

b) Según la otra construcción, la doctrina de los actos propios significa que no puede irse en contra de un acto que ha suscitado en un tercero la confianza, de que el mismo no será posteriormente contradicho. El fundamento de esta otra construcción descansa en el principio general de la buena fe (objetiva), la cual impone el deber de comportarse coherentemente. Que el autor del acto careciera de voluntad, o que ésta estuviera viciada, es un hecho irrelevante, puesto que esta doctrina opera al margen de la posible voluntad del autor.

Entre estas posibles construcciones, el Tribunal Supremo emplea, sobre todo, la primera (un ejemplo más en este sentido es la sentencia del texto de 16 de junio de 1984). Frente a esa línea jurisprudencial, L. DIEZ-PICAZO considera que la doctrina de los actos propios debe construirse con base en el principio general de la buena fe. Entiende que la idea jurisprudencial, de que quien ha realizado una declaración de voluntad en un determinado sentido no puede después ir en contra de ella, es algo que pertenece a la teoría del negocio jurídico. En cambio, la doctrina de los actos propios opera en distinto campo: el delimitado al margen de la posible voluntad del autor.

Resalta L. DIEZ-PICAZO que la construcción que el Tribunal Supremo ha adoptado se justifica en que esa doctrina es anterior al Código civil y a través de ella pudo solucionar una serie de conflictos relacionados con la voluntad del agente del "acto", conflictos que después encontraron expresa solución en el Código civil. Afirma: "Este cambio legislativo pudo llevar a un cambio en la doctrina de los actos propios que, superando los esquemas iniciales, para los cuales no era ya precisa, diera cauce a nuevas ideas, aspiraciones o criterios. Este cambio no se ha producido. Casi diría que en nuestra jurisprudencia la doctrina de los actos propios sigue siendo decimonónica" ["La doctrina de los propios actos. (Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo)" (1963), p. 104; la anterior exposición se ha basado en las pp. 132-143, 145-152, 170-176, si bien se trata de ideas más o menos presentes a lo largo de toda la obra; cfr. también CCJC n.º 6, (1984), pp. 1859-1860].

A. Contenido.

[217].- Es bastante frecuente, el que el Tribunal Supremo rechace la pretensión del comprador, basándose, en que éste denunció los defectos, o ejercitó su acción, fuera de plazo; es decir, cuando ya ha transcurrido el plazo de cuatro días del art. 336 CCO, o del de treinta días del art. 342 CCO, o del de seis meses del art. 1490 CC (1014). Junto a este presente argumento, en alguna que otra ocasión tiene en cuenta, el que el comprador no hubiera instado el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC (1015).

Con menor frecuencia, el Tribunal Supremo funda el rechazo de la pretensión del comprador en que éste no ha probado que la mercancía entregada adolece de vicios (1016); igualmente rechaza la pretensión del comprador, si los vicios que éste alega son vicios "ligeros y subsanables"; esto es, no reúnen el requisito de gravedad (1017).

1014) SS TS de: 15 de junio de 1926; 21 de febrero y 17 de octubre de 1957; 21 de enero de 1966; 28 de enero de 1967; 10 de febrero de 1969; 12 de junio de 1971; 27 de septiembre de 1972; 15 de marzo y 5 de julio de 1975; 14 de abril y 20 de octubre de 1978; 12 de marzo de 1982; 6 de julio, 13 de julio, 23 de octubre, y 19 de diciembre de 1984; 16 de septiembre de 1985; 28 de enero y 8 de julio de 1988; y 6 de abril de 1989.

1015) SS TS de 15 de junio de 1926; 20 de octubre de 1978; 13 de julio y 23 de octubre de 1984.

1016) SS TS de 21 de enero de 1966; 28 de enero de 1967; 5 de julio de 1975; 12 de marzo de 1982; 17 de octubre de 1983; y 6 de julio de 1984.

1017) STS de 15 de octubre de 1985. En este caso no podían ponerse pies de sujeción a los muebles de cocina entregados por el vendedor (faltaban unas tuercas para ello). El Tribunal Supremo afirmó que se trataba de una "venta de mercancías con ligeros y subsanables defectos (...) es decir, una entrega incompleta que no impedía, por su fácil subsanación, el uso o el fin normal de los muebles vendidos" (FD n.º 6)

Es de destacar, que el Tribunal Supremo emplea en algunas de sus sentencias tanto el argumento de la extemporaneidad de la denuncia del defecto o del ejercicio de la acción, como el de la falta de prueba de la existencia de defectos (1018). Se trata de sentencias en las que se tiene la sensación de que, con ello, el Tribunal Supremo acumula todos los posibles argumentos que impiden estimar la pretensión del comprador.

B. Observaciones críticas.

[218].- En relación a estos dos argumentos jurisprudenciales tampoco tenemos, en principio, que hacer ninguna objeción.

No obstante esto, conviene recordar que incluso antes de la reciente reforma de la Ley de Enjuicimiento de Civil (ha tenido lugar en abril de 1992), la facultad de apreciación de la prueba de los hechos pertenecía a los tribunales de instancia, teniendo las cuestiones relacionadas con la prueba un escaso acceso a la casación (vía error en la apreciación de la prueba: antiguo art. 1692.4º LEC) (1019).

1018) SS TS de 28 de enero de 1967; 5 de julio de 1975; 12 de marzo de 1982; y 6 de julio de 1984.

1019) Este art. 1692.4º, suprimido por Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal (BOE 5 de mayo de 1992), decía así: "Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios". Dada la frecuencia con la que los particulares alegaban en los recursos de casación dicho motivo, el Tribunal Supremo había creado una sólida línea jurisprudencial en la que se mostraba restrictivo en su apreciación.

Con esa supresión, el legislador se muestra partidario de que la determinación de los hechos quede fijada por los tribunales de primera y segunda instancia, y que la función a desempeñar por el Tribunal Supremo sea tan sólo la de velar por la aplicación del Derecho. La E.M. de esa Ley 10/1992 es clara al respecto: "se adecúa el recurso de casación a las tendencias actuales, que consideran que sirve mejor a su función si se re-

Esta realidad se constata en el dato siguiente: De las sentencias (anteriores a esa reforma de 1992) que hemos consultado, y que rechazan la pretensión del comprador, porque éste reclamó fuera de plazo o/y no probó la existencia de vicios (1020), tan sólo cuatro, casan la sentencia dictada por la Audiencia (1021). En otras palabras: el Tribunal Supremo se ha limitado, por lo general, a reiterar sin más el estado de los hechos fijados previamente a la interposición del recurso de casación.

Por último, hemos de llamar la atención acerca de que el Tribunal Supremo acumule argumentos justificadores de la desestimación del recurso de casación, cuando cualquiera de ellos le es en sí mismo suficiente. Se trata de una forma de operar a la cual el Tribunal Supremo nos suele tener acostumbrados.

9.6. La naturaleza de la obligación de entrega del vendedor: obligación de género limitado; obligación específica.

A. Contenido.

fuerza su carácter protector de la norma, alejándolo de cualquier semejanza con una tercera instancia. Al tiempo, se regula la admisión del recurso de casación, lejos de todo formalismo, para permitir que el Tribunal pueda concentrar su atención en velar por la recta aplicación de la Ley y en la creación de una doctrina uniforme".

Véase la Disposición Transitoria Segunda que contempla el régimen de recursos en el orden civil.

1020) Las SS TS son las citadas supra, en notas n.º 1014 y n.º 1016.

1021) Se trata de las SS TS de 15 de junio de 1926; 15 de marzo de 1975; 15 de octubre de 1985; y 6 de abril de 1989.

[219].- Sólo hemos encontrado dos sentencias, en las que el Tribunal Supremo haya tenido presente para la solución del caso la naturaleza genérica o específica de la obligación del vendedor. Curiosamente se trata de dos sentencias cercanas desde el punto de vista cronológico.

La fecha de la primera sentencia es de 3 de mayo de 1947. Los hechos que nos interesan son éstos: Se había celebrado una compraventa de plaza a plaza (de Irún a Génova); el comprador había previamente examinado la mercancía, y la que llegó a Génova resultó ser distinta de la pactada, hecho por el cual el comprador reclama al vendedor. En su recurso de casación, el vendedor alega que el comprador había reclamado una vez transcurridos los cuatro días del art. 336 CCO y de aquí que la pretensión debiera ser desestimada.

En su razonamiento, el Tribunal Supremo destaca que la compraventa celebrada es de "género limitado", dado que "no se llegó a individualizarla [la mercancía] por separación de aquella masa ni se especificó por marcas y señales que la identificasen, hasta que fue puesta sobre vagón Irún" (1022). El examen global de la mercancía que el comprador realizó antes de la celebración de la compraventa, no exime al vendedor de responsabilidad, puesto que dicho examen no "recayó sobre mercancía individualizada, sino sobre género delimitado". La individualización de la mercancía se produjo cuando se puso ésta sobre vagón

1022) STS de 3 de mayo de 1947, cdo n.º 6. Esta sentencia califica a la obligación de género limitado como "obligación intermedia entre la puramente genérica y la puramente específica" (cdo n.º 6).

en Irún, pero en dicho momento el comprador no realizó ningún examen. Este tuvo lugar cuando la mercancía llegó a Génova, momento en el cual el comprador no se hizo cargo de ella (1023). De aquí, termina diciendo el Tribunal Supremo, que no proceda casar la sentencia de la Audiencia estimadora de la pretensión del comprador.

La segunda sentencia es de 25 de febrero de 1948. Aquí, el caso fue como sigue: El comprador había adquirido una concreta partida de maderas de haya, que el vendedor tenía en su almacén, y que previamente había examinado. Se pactó que la entrega tendría lugar sobre vagón en "Elgoibar", previa medición de la madera, por el vendedor y el comprador, a fin de determinar el precio de la compraventa. El comprador se negó, tanto a medir, cuanto a recibir la madera, alegando que la mayor parte de ésta se encontraba fermentada.

El Tribunal Supremo calificó el caso de "compraventa mercantil de cosa individualizada, no genérica, con cumplimiento por parte del vendedor de la obligación de entrega", y confir-

1023) STS de 3 de mayo de 1947, cdo n.º 9.

A nuestro parecer, en la solución del caso lo relevante no es tanto la naturaleza de la obligación del vendedor (genérica limitada, específica), cuanto el significado del examen de la mercancía por el comprador, así como la que el vendedor entrega. El que el comprador examine la mercancía antes de la celebración de la compraventa y dé su conformidad, son hechos que se traducen en que, en un momento posterior, no puede negarse a recibir la mercancía alegando defectos aparentes --otra cosa son los ocultos--, siempre y cuando la mercancía entregada sea la misma que el comprador vio y a la que dio su asentimiento. Esto es cierto, tanto si las partes han celebrado una compraventa de género limitado, como si han celebrado una específica. Si la compraventa de la STS de 3 de mayo de 1947 hubiera sido específica, entendemos que el comprador también podría haber reclamado al llegar la mercancía a Génova (recuérdese que no la vió en Irún), si hubiera comprobado que la remitida no coincidía con la que él vio y pactó.

mando la sentencia de la instancia, condenó al comprador al cumplimiento del contrato (recepción de la madera) (1024).

B. Observaciones críticas.

[220].- Tan sólo consideramos destacable, el escaso número de sentencias en las que el Tribunal Supremo tiene presente la naturaleza genérica o específica de la obligación de entrega del vendedor para la solución del caso. Tratándose de una compraventa mercantil, este modo de proceder es idéntico al que emplea cuando aplica las normas del Código civil (1025).

9.7. Conclusiones tras el análisis de la jurisprudencia.

[221].- En una perspectiva global, es correcto afirmar que el Tribunal Supremo cuenta con una jurisprudencia rica, a propósito de las anomalías cualitativas en la compraventa mercantil. Todo lo dicho hasta el momento avala esta conclusión.

Situándonos en nuestro tema de investigación --el de si el carácter específico o genérico de la venta tiene alguna relevancia en la solución de los casos de anomalías cualitativas--, hemos de concluir que en materia mercantil esa clasificación no ha sido expresamente tenida en cuenta en la solución de los casos. Incluso nos atrevemos a afirmar, que actualmente hay una

1024) STS de 25 de febrero de 1948, cdo n.º 2. Añadió que tampoco era posible el saneamiento por vicios ocultos, porque el comprador era un perito.

1025) Recuérdese lo dicho supra, n.ºm. 149.

clara tendencia a su superación. Varios datos justifican, a nuestro parecer, esta otra conclusión.

Primero: Recordemos, que en nuestra opinión, mientras el tenor literal del art. 336 CCO abarca tanto al modelo de la compraventa genérica como al de la específica, el art. 342 CCO sólo contempla este último (1026). Pues bien, prácticamente en todas las sentencias en las que el Tribunal Supremo ha tenido que aplicar alguno de esos artículos, no aparece alusión alguna a la naturaleza de la obligación del vendedor. Por el contrario, ya lo sabemos, su preocupación fundamental, a propósito de los arts. 336 y 342 CCO, ha sido la exigencia del procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC.

Segundo: A diferencia de la línea jurisprudencial que exige la tramitación del art. 2127 LEC para dar cauce a las pretensiones de los arts. 336 y 342 CCO, el argumento del incumplimiento por inhabilidad de la cosa no se queda, en no dar relevancia a la naturaleza genérica o específica de la obligación. Da un paso más y supera esa clasificación. Esta superación la constatamos a través de dos hechos: 1) El argumento se aplica, tanto si la obligación del vendedor fue inicialmente genérica, cuanto si lo fue específica. 2) La inhabilidad se estima en obligaciones inicialmente genéricas, incluso cuando el objeto ha estado en poder y posesión del comprador un tiempo sustancialmente suficiente (pueden ser años), como para poder entender que se ha producido la especificación, al menos de forma tácita.

1026) Supra, n.ºm. 159 a 162.

Tercero: Sólo en dos ocasiones el Tribunal Supremo ha tenido presente el carácter genérico o específico de la obligación del vendedor en la solución del conflicto. Se trata de un número mínimo, si tenemos en cuenta el número de sentencias, en que, siendo la compraventa mercantil, el Tribunal Supremo ha resuelto al margen de la naturaleza de la obligación del vendedor.

Los datos que acabamos de ofrecer, y especialmente el hecho de que la doctrina del incumplimiento por inhabilidad de la cosa sea hoy frecuentemente utilizada por el Tribunal Supremo en la compraventa mercantil, nos permite concluir que también en esta modalidad de compraventa la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiende a superar las diferencias entre las ventas específicas y genéricas.

10. Breves conclusiones del Capítulo III.

[222].- Entendemos oportuno acabar este capítulo con unas escuetas conclusiones.

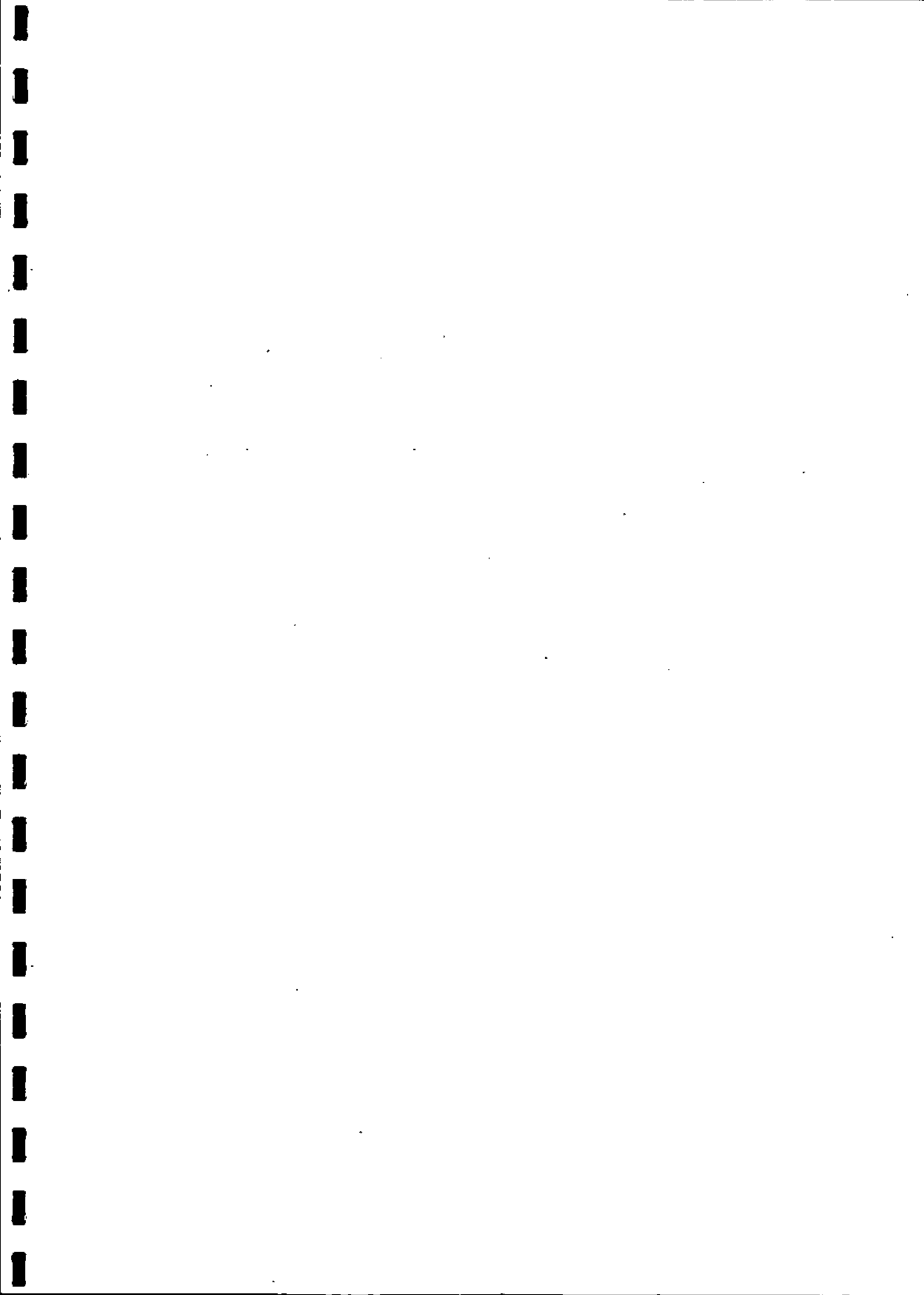
Primera: La doctrina mercantil, a diferencia de la civil, no suele tener en cuenta el dato del carácter genérico o específico de la obligación, en la interpretación de los arts. 336 y 342 CCO. Sánchez Calero es la excepción; lo hace, a propósito de la determinación del momento en que los vicios ocultos deben existir en la mercancía.

Tal irrelevancia puede justificarse en que la mayoría de los autores están pensando en la obligación genérica, por ser ésta la que por excelencia existe en el tráfico mercantil.

Por otro lado, no se olvide en que la historia, más o menos inmediata al CCO de 1829, tampoco se ha tenido presente, en el problema que nos ocupa, la naturaleza genérica o específica de la obligación del vendedor. Tampoco se tuvo en cuenta en la interpretación de los arts. 370 y 371 CCO 1829. Así pues, la actual doctrina mercantil continúa en la línea de esa generalizada indiferencia que la historia manifiesta en relación a esta clasificación de las obligaciones.

Segunda: El punto de atención de la doctrina mercantil es la distinción entre vicio, defecto de calidad y 'aliud pro alio'. Este enfoque de análisis no es peculiar de nuestro ordenamiento, sino que se encuentra en otros, como es el caso del Derecho italiano. Pero dicho enfoque es difícil, por no decir casi imposible, de llevar a la práctica; sobre todo, si se emplea un criterio funcional para determinar cuándo estamos ante un incumplimiento, ya que este criterio es el que también define el concepto de vicio. La dificultad de deslindar entre vicio e incumplimiento es destacada por la doctrina mercantil. Recuérdese lo dicho, en relación a la línea jurisprudencial que califica de incumplimiento la inhabilidad de la cosa. Ahora bien, el empleo del criterio funcional, en la determinación de qué es incumplimiento, supone la superación de la clasificación obligación genérica y específica.

Tercera: El Tribunal Supremo, cuyas sentencias cuentan con una rica casuística, ha superado la clasificación obligación genérica y específica con la doctrina del incumplimiento por inhabilidad de la cosa.



CAPITULO IV

**ORIENTACIONES SOBRE LA LEY GENERAL PARA LA
DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS, Y,
LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS
CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE
MERCADERIAS.**

1. Dos ejemplos, relativamente recientes, de unificación de acciones en el contrato de compraventa.

[223].- A nuestro parecer, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), de 19 de julio de 1984, y la Convención de Naciones Unidas, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CV), de 11 de abril de 1980, son un ejemplo de que hoy por hoy, cuando la cosa adolece de anomalías cualitativas, se considera adecuado que el comprador cuente con un amplio abanico de acciones, elaborado a partir de las generales de incumplimiento y las edilicias.

Ciertamente, una y otra ley piensan, preferentemente, en las compraventas genéricas. Pero adviértase, que ambas no excluyen a las específicas (¹⁰²⁷), cuanto que tampoco dan expresa relevancia a la posible especificación de la obligación genéri-

¹⁰²⁷) En este sentido RUBIO GARRIDO, quien a propósito del art. 11 LGDCU, precepto que más abajo analizamos, dice: "No obstante, téngase presente que sólo me propongo analizar aquí la 'garantía' del art. 11 LCU, donde --repárase por quien lo estime conveniente-- no se diferencia (como tampoco lo hacía el C.c., que sólo trata con autonomía la compraventa de animales) el supuesto de compraventa específica del de la compraventa de género" [ADC, (1990), fasc. III, p. 883; cfr. también, p. 888].

En cambio, MARTINEZ DE AGUIRRE parece dar a entender que el art. 11 LGDCU sólo se aplica a las compraventas genéricas. Dice: "Conviene también advertir, con carácter general, que los bienes muebles de consumo presentan, por su propia naturaleza, unas peculiaridades que influyen considerablemente sobre lo que normalmente será la satisfacción más adecuada de los intereses del consumidor. En efecto, tratándose bienes de consumo lo más satisfactorio será normalmente su reparación o sustitución por otro de las mismas características, lo cual es posible tanto desde el punto de vista práctico (se trata de bienes producidos en masa, por lo que usualmente abundarán otros que puedan sustituir al defectuoso, satisfaciendo igualmente las aspiraciones del consumidor), como desde el jurídico (merecen la calificación de cosas genéricas, y fungibles)" [p. 101, en "Las condiciones de la protección eficaz de los consumidores en los contratos sobre prestaciones duraderas: conformidad y garantía", EC, n.º 16, (1989); cfr. también las pp. 104 y 110].

ca (el distinto régimen del antes y después de la especificación). Por todo ello, conviene ofrecer algunas orientaciones, destacando las diversas valoraciones de las que han sido objeto cada una de estas normas.

Por otro lado, la relevancia de estos dos ejemplos (LGDCU y CV) destaca, asimismo, si tenemos presente su distinto ámbito subjetivo de aplicación.

La LGDCU se dirige a los consumidores, que sean "destinatarios finales" del bien, independientemente de que hayan sido o no sus adquirentes (cfr. el art. 1.2, que da una definición positiva, y el 1.3, que la da de forma negativa) (1028).

En cambio, la CV (1029) se aplica a compraventas de carácter internacional, que median entre los profesionales del trá-

1028) Sobre el ámbito de aplicación de la LGDCU, con carácter general: A. BERCOVITZ, quien considera, que la idea clave es si el producto adquirido tiene un destino fuera, o en el mercado ["Ambito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", EC, n.º 3, (1984), pp. 15-37, especialmente las pp. 25-37; reproduciendo sus ideas, con algunas modificaciones, en "Comentarios LGDCU", (1992), pp. 25-41]. Asimismo, PARRA LUCAN, que trata esta cuestión a propósito de los arts. 25 y ss LGDCU, a los que considera aplicables la noción de consumidor del art. 1.2 y 1.3 LGDCU, destacando la idea del destino efectivo del bien ["Daños por productos y protección del consumidor", (1990), pp. 309-334]. Téngase en cuenta, que se sostiene, que la noción de consumidor del art. 1.2 y 1.3 debe amoldarse a los concretos derechos que la LGDCU atribuye a los particulares, e incluso, que algunos de esos derechos se reconocen a personas, que no entran en la definición del art. 1.2 y 1.3 LGDCU [A. BERCOVITZ en "Aplicación ..." pp. 37-38; "Comentarios ..." pp. 41-43; un ejemplo de ello, infra, en nota n.º 1056].

1029) Una panorámica global y breve, por ejemplo, en OLIVENCIA, "La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: antecedentes históricos y estado actual", RDM, n.º 201, (1991), pp. 377-397; ESPLUGES MOTA: "La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecho en Viena el 11 de abril de 1980", RGD, (1991), pp. 59-81; ENRICH/MALET, "La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", RJC, (1991), pp. 441-458.

Para unas reflexiones, varias, que le suscita la CV de

fico, bien cuando ambas partes tienen sus establecimientos en distintos Estados y éstos son Estados contratantes, bien cuando las normas de Derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante (cfr. art. 1 CV) (1030).

Resulta curioso, que dos leyes, en las que latan la defensa de intereses tan dispares (la protección de la parte débil del contrato, el consumidor, en la LGDCU, y la protección de la

1980, BONELL, "La Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: origini, scelte e principi fondamentali", RTDPC, (1990), pp. 715-732. Es interesante el trabajo de A., VENEZIANO, en el que se ofrece una panorámica general y cronológica de las diferentes obras, que procedentes de distintos ámbitos jurídicos, ha suscitado la CV, y en el que se alude a algunas resoluciones judiciales, que lo tuvieron presente ["La Convenzione di Vienna vista attraverso le opere di commento a carattere generale e le prime applicazioni giurisprudenziale", RDCComm, (1992), pp. 925-946]. Desde la perspectiva del Derecho de Estados Unidos, J. SWEET, "La convenzione UNCITRAL (United Nations Commission on international Trade Law) per la vendita internazionale di beni: osservazioni di un docente americano", en donde, de forma muy escueta, se plantea la actual eficacia del Derecho internacional uniforme [RDCComm, (1984), pp. 299-306].

1030) No se olvide el art. 10 CV, que contempla los casos, en que una parte tenga más de un establecimiento ("será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento"), o que no lo tenga ("se tendrá en cuenta su residencia habitual"). También, los arts. 92.2, 93.3, 94, y 95 CV 1980. Al respecto, CALVO CARAVACA, "Consideraciones en torno al art. 1 de la Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías", AC, (1992), marginales 329-346; aludiendo, además, a otros aspectos del ámbito de aplicación de la CV, MEDINA DE LEMUS, "La venta internacional de mercaderías", (1992), pp. 35-44; unas breves notas, en PILTZ, "El ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías", LL, (1992-3), pp. 942-949; con un carácter más amplio, por cuanto que trata, entre otras cosas, de los diversos aspectos que delimitan el ámbito de aplicación, tanto de las dos Leyes Uniformes sobre compraventa internacional, aprobadas en La Haya en 1964 (cfr. infra nota n.º 1090), como de la CV de 1980, en D. MEMMO, "Il contratto di vendita internazionale nel diritto uniforme", RTDPC, (1983), pp. 180-214.

agilidad y seguridad del tráfico internacional, en la CV) reglamenten sistemas de acciones, en favor de comprador, bastantes semejantes entre sí. Sin embargo, la diferencia fundamental entre ambas reside, lógicamente, en la naturaleza de sus normas: mientras la LGDCU es preferentemente una norma de carácter imperativo (art. 2.3.) (1031), la CV es básicamente una norma dispositiva (art. 6) (1032).

2. La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984: la garantía del art. 11, y la aplicación de otras normas, en virtud del art. 7.

[224].- Nos interesa el art. 11, en sus números 2 y 3 (1033).

1031) Art. 2.3 LGDCU: "La renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios es nula. Asimismo son nulos los actos realizados en fraude de esta Ley, de conformidad con el artículo 6 del Código Civil".

1032) Art. 6 CV 1980: "Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus elementos". Según el art. 12: "No se aplicará ninguna disposición del artículo 11, del artículo 29, ni de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención se haga por un procedimiento que no sea escrito, en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado contratante que haya hecho una declaración con arreglo al art. 96 de la presente Convención. Las partes no podrán establecer excepciones a este artículo ni modificar sus efectos".

1033) Recuérdese que las CCAA tienen competencia en materia de consumo (legislativa plena, reglamentaria y ejecutiva; de desarrollo legislativo y ejecución; ejecutiva).

En diversas sentencias, el TC precisa cómo tiene lugar el reparto competencial de la defensa de los consumidores y usuarios, entre el Estado y las CCAA. Afirma, que el art. 51 CE, que trata de la protección de los consumidores y usuarios, no es norma de atribución competencial. También, que la defensa de los consumidores y usuarios es un concepto de gran amplitud y contornos imprecisos, e interdisciplinar, de manera que pueden concurrir distintos títulos competenciales, debiendo identifi-

Regulan la "garantía" (1034), y poseen carácter imperativo

carse el prevalente. Así, las CCAA tienen competencia en la defensa de los consumidores y usuarios, y el Estado, la exclusiva en ciertos temas, como la legislación civil, mercantil, procesal, etc (art. 149 CE). Este conflicto competencial debe solucionarse caso por caso, teniendo presente la razón o fin de la norma, desde el ángulo del reparto competencial de la Constitución, y, desde los límites que impone la garantía de uniformidad de las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos, la unidad de mercado y la afectación de intereses que excedan del ámbito autonómico [cfr. SS TC 71/1982, de 30 de noviembre (FJ n.º 2); 88/1986, de 1 de julio (FJ n.º 4 y 6); 15/1989, de 26 de enero (FJ n.º 1); 62/1991, de 22 de marzo (FJ n.º 2 y 4); también, PARRA LUCAN, "Algunos aspectos de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre la legislación civil para la protección del consumidor", RJN, n.º 4, (1987), pp. 149-165; SALAS HERNANDEZ, "Defensa del consumidor y competencias de los diversos entes territoriales", EC, n.º 15, (1989), pp. 31-53, y, reproduciendo en parte sus ideas, en comentario a los arts. 39 y 40 LGDCU, en "Comentarios LGDCU", (1992), pp. 1032-1053].

A propósito de la "garantía", hemos de aludir al art. 20.a) del Estatuto gallego del consumidor y usuario (Ley 12/1984, de 28 de diciembre), de tenor similar al del art. 11.2 y 3 LGDCU. Dice aquél: "Respecto a los bienes de naturaleza duradera, se adoptarán dentro de la normativa vigente las medidas que conduzcan a lograr los siguientes objetivos: a) Entrega, por el fabricante o vendedor, de una garantía que, formalizada por escrito, expresará necesariamente: 1. El garante. 2. El beneficiario de la garantía. 3. El objeto o contenido de la garantía. 4. El plazo de duración de la garantía, durante el cual el beneficiario de la misma tendrá derecho, como mínimo, a la reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados, así como la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o la devolución del precio pagado en los presupuestos en que la reparación efectuada no hubiese sido satisfactoria y el bien no tuviese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado" (cfr. las nota n.º 1039 y 1052).

El art. 20.a) ha sido declarado constitucional, porque: "si bien resulta incontrovertible que la preceptuación de la formalización de una garantía para los bienes duraderos y la determinación de su contenido mínimo es materia incluida dentro de los derechos y obligaciones contractuales, y por tanto de titularidad estatal, lo cierto es que el primer párrafo del artículo 20, no impugnado [sic], de la ley gallega no impone una obligación a los fabricantes o vendedores con un correlativo derecho de los compradores, lo que sí hace, por supuesto, la norma estatal al prescribir que 'el productor o suministrador deberá entregar una garantía ...', sino que se limita a señalar que 'se adoptaran dentro de la normativa vigente las medidas que conduzcan a lograr los siguientes objetivos'. Entendida la remisión a la legislación vigente como referencia a la legislación estatal en materia contractual, imponiendo a los poderes públicos gallegos la obligación de hacerla efectiva a través de su actuación y adoptando medidas adecuadas para ello, el pre-

(tenor literal y art. 2.3 LGDCU).

cepto se inserta dentro de la competencia autonómica para hacer efectiva, conforme al mandato constitucional, la protección del consumidor. Por consiguiente, el precepto impugnado, en la medida en que viene a enunciar como 'objetivos' los mandatos contenidos en la norma estatal no invade la competencia del Estado" [FJ n.º 4, d); también declara constitucional el art. 20.5 del EGCU, que equivale al 11.4 LGDCU, FJ n.º 4, d); en cambio, declara inconstitucional el art. 21 EGCU, similar al 11.1 LGDCU, en virtud del art. 149.1.6ª y 8ª CE, FJ n.º 4, e); discrepa, en voto particular, el magistrado D. Jesús Leguina Villa, quien considera constitucional al art. 21 EGCU; STC 62/1991].

Sobre las diferentes normas de las CCAA sobre consumo, puede consultarse "Legislación básica del consumo", edición preparada por MARTINEZ DE AGUIRRE/PARRA LUCAN, (1992).

1034) Recordemos la estrecha relación de la garantía del art. 11 LGDCU con las condiciones generales de los contratos, reguladas en el art. 10 LGDCU, en cuanto que aquélla suele aparecer en éstas. En este caso la garantía ha de reunir los requisitos impuestos por el art. 10 LGDCU.

Sin carácter exhaustivo, dado el gran número de estudios en los que el art. 10 está presente, véase el amplio trabajo de ALFARO, "Las condiciones generales de la contratación: Estudios de las disposiciones generales", (1991), y, "La interpretación de las condiciones generales de los contratos", RDM, (1987), pp. 1 ss; el comentario de M.COCA al art. 10.1.a) y b) y 10.2 (pp. 223-245 y 312-329), el de S. DIAZ ALABART al art. 10.1.c), (pp. 248-312), el de TORNO MAS al art. 10.3 (pp. 330-335), y el de CLAVERIA GONSALBEZ al art. 10.4 (pp. 336-347), todos en "Comentarios LGDCU", (1992). Con carácter más genérico, E. POLO, "Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos", (1990); LOPEZ SANCHEZ, "Las condiciones generales de los contratos en Derecho español", RGLJ, n.º 263, (1987), pp. 609-655; GARCIA CANTERO, "Venturas y desventuras del artículo 10 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios", AC, (1991-2), marginales 289-299. Desde una perspectiva comparatista, SANCHEZ ANDRES, "El control de las condiciones generales en el Derecho comparado", RDM, n.º 157-158, (1980), pp. 385 ss; es muy interesante el n.º 3, de la RIDC, (1982), dedicado al estudio de las distintas legislaciones sobre cláusulas abusivas en la CEE: Bélgica (BOURGOIGNE/DOMOT-NAERT), Dinamarca (GOMARD), Francia (LAMBERTERIE/WALLAERT), Grecia (VOULGARIS), Irlanda (PHILLIPS), Italia (BESSONE), Luxemburgo (HOFFMANN), Países Bajos (STEENHOFF), Alemania (RIEG), Reino Unido (SALVAT/TALLON). Finalmente, con anterioridad a la LGDCU, el conocido trabajo DE CASTRO, "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", (1961); también, los de GARCIA AMIGO, "Condiciones generales de los contratos", (1969), y CABANILLAS SANCHEZ, "Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor", ADC, (1983), pp. 1191-1206.

Por otro lado, no se olvide la reciente Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuyo

Destaquemos que el art. 11.2 y 3 LGDCU no es una norma aislada en nuestro entorno jurídico, y así, por ejemplo, los Derechos italiano (art. 1512 CC ital. 1942) ⁽¹⁰³⁵⁾ y portugués (art. 921 CCP de 1966) ⁽¹⁰³⁶⁾, contienen normas similares, por

art. 10.1. dice, que "Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar, el 31 de diciembre de 1994 ...".

1035) Art. 1512 CC ital. 1942: "Se il venditore ha garantito per un tempo determinato il buon funzionamento della cosa venduta, il compratore, salvo patto contrario, deve denunciare al venditore il difetto di funzionamento entro trenta giorni dalla scoperta, sotto pena di decadenza. L'azione si prescrive in sei mesi dalla scoperta.

Il giudice, secondo le circostanze, può assegnare al venditore un termine per sostituire o riparare la cosa in modo da assicurarne il buon funzionamento, salvo il risarcimento dei danni.

Sono salvi gli usi i quali stabilisco che la garanzia di buon funzionamento è devota anche in mancanza di patto espresso".

GRECO/COTTINO destacan que la garantía del art. 1512 responde a la exigencia de un resultado, que el comprador quiere obtener, y que el vendedor promete durante un tiempo determinado. Además, funciona con independencia de la causa que pueda haber impedido obtener el resultado (diferencia de tipo o de cualidad, vicio), incluso, si ésta no se ha identificado exactamente. Asimismo, prescinde de la culpa del vendedor (p. 366). Esta garantía puede tener origen en un pacto expreso o por imposición de los usos (p. 368) ["Della vendita", in "Commentario del Codice civil a cura di Scialoja e Branca", 2.ª ed., (1981), pp. 365-370; de manera similar, D.RUBINO, "La compravendita", en "Trattato di Diritto Civile e Commerciale diretto dai professori A. Cicu e F. Messineo", 2.ª ed., (1962), pp. 874-886].

1036) Art. 921 CCP de 1966: "(Garantia de bom funcionamento):
1. Se o vendedor estiver obrigado, por convenção das partes ou por força dos usos, a garantir o bom funcionamento da coisa vendida, cabe-lhe repará-la ou substituí-la quando a substituição for necessária e a coisa tiver natureza fungível, independentemente de culpa sua ou de erro do comprador.

2. No silêncio do contrato, o prazo da garantia expira seis meses após a entrega da coisa, se os usos não estabelecerem prazo maior.

3. O defeito de funcionamento deve ser denunciado ao vendedor dentro do prazo da garantia e, salvo estipulação em contrário, até trinta dias depois de conhecido.

4. A acção caduca logo que finde o tempo para a denúncia sem o comprador a ter feito, ou passados seis meses sobre a data em que a denúncia foi efectuada".

cuanto que regulan la llamada garantía de buen funcionamiento (1037).

Por otro lado, téngase presente que la garantía del art. 11.2 y 3 se aplica a los contratos, en los que una parte contratante es consumidor, según la definición dada por el art. 1.2 y 3 LGDCU. Esto significa, que hay "garantías" a las que no se aplica el art. 11, aplicándose, en tal caso, las normas generales de las obligaciones del Código civil y del de comercio, según califiquemos de civil o mercantil (cfr. art. 2.II CCO) (1038).

1037) No obstante, la "garantía" del art. 11 va más allá de la "garantía de buen funcionamiento" [al respecto PARRA LUCAN, "Los derechos mínimos del titular de la garantía del artículo 11 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", ADC, (1988), pp. 527-530.

1038) Sobre la cláusula de garantía, el ya clásico trabajo de CARLON, "La cláusula de garantía en la compraventa de maquinaria", RDM, (1973), n.º 127, pp. 39-86, que suele tenerse presente como punto de referencia en la interpretación del art. 11 LGDCU.

El Derecho francés, si bien no regula la llamada "garantía" (contractual), sí impone al respecto ciertas reglas. En este sentido, hemos de mencionar los arts. 2 y 4, del Decreto n.º 78-464, de 24 de marzo de 1978, que desarrolla la ley n.º 78, de 10 de enero de 1978, sobre protección e información de los consumidores de productos y servicios. El art. 2 declara prohibida, por abusiva, "la cláusula que tenga por objeto, o por efecto, suprimir o reducir el derecho a la reparación del no profesional o consumidor, en el caso de faltar el profesional a cualquiera de sus obligaciones". Y el 4, que el garante no puede garantizar la cosa, "sin mencionar claramente que se aplica en todo caso, la garantía legal que obliga al vendedor profesional a garantizar al comprador contra todas las consecuencias de los defectos o vicios ocultos de la cosa vendida". Apoyándose en este art. 4, la doctrina francesa suele destacar el carácter complementario que hay entre la garantía legal por vicios ocultos (arts. 1641 y ss C.C. francés) y la garantía contractual. Por otro lado, si bien algún autor defiende el carácter subsidiario de la garantía legal en relación a la contractual, esto también ha sido puesto en duda. Por último, suele destacarse el carácter específico de la garantía contractual, frente a la legal [ANCEL, "La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière", RTDC, (1979), pp. 203-229, especialmente las pp. 221-229; GHESTIN, "Conformité et garanties dans la vente. (Produits mobiliers)", (1983), n.º 289-308, pp. 308-325, espe-

Asimismo, adelantando ideas, téngase en cuenta, que el art. 11.2 y 3 establece una protección mínima (imperativa) del consumidor, lo que se traduce en la posibilidad de que el garante oferte y se vincule a una mayor protección de los intereses del concreto consumidor, que la que éste tiene por ley.

[225].- El art. 11.2 LGDCU (1039) impone, en los bienes de naturaleza duradera, la entrega de una garantía por escrito (1040), en la que ha de constar, necesariamente, el objeto garantizado, el garante (1041), el titular de la garantía

cialmente los n.º 305-308, pp. 321-325; HUET, "Responsabilité du vendeur et Garantie contre les vices cachés", (1987), n.º 598-646, pp. 417-439].

1039) Art. 11.2 LGDCU: "En relación con los bienes de naturaleza duradera, el productor o suministrador deberá entregar una garantía que, formalizada por escrito, expresará necesariamente: a) El objeto sobre el que recaiga la garantía. b) El garante. c) El titular de la garantía. d) Los derechos del titular de la garantía. e) El plazo de duración de la garantía".

1040) Diversos autores destacan, que la forma escrita no es requisito de existencia de la garantía. De aquí, que si no se da por escrito, pero su titular puede probarla por otros medios de prueba, haya garantía [DUQUE, EC, n.º 3, (1984), p. 76; GARCIA CANTERO, comentario al art. 11 LGDCU, en "Comentarios LGDCU", (1992), pp. 380-381; con otras consecuencias, RUBIO GARRIDO, ADC, (1990), fasc. III, p. 913].

1041) R. BERCOVITZ señala, que el garante puede ser el empresario, suministrador del bien al consumidor, con lo que la garantía se inserta en el contrato de adquisición, o un tercero (productor, fabricante), en cuyo caso hay dos contratos distintos: por un lado, el de garantía, y por otro, el de adquisición ["La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en "Estudios jurídicos", p. 218]. En el mismo sentido, GARCIA CANTERO, comentario al art. 11 LGDC, en "Comentarios LGDCU", (1992), pp. 378-379.

(1042), sus derechos, y el plazo de la garantía.

Tan sólo nos detenemos en algunos de los aspectos problemáticos, que la interpretación del precepto suscita.

En primer lugar, el de su ámbito objetivo de aplicación. El art. 11 LGDCU establece la garantía en relación a los "bienes de naturaleza duradera", lo que implica, en principio, la exclusión de otros tipos de bienes (1043). Por bienes de naturaleza duradera entendemos, aquéllos susceptibles de ser utilizados durante un cierto período de tiempo, sin que se consuman. Hemos de aludir al Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, por el que se aprueba el Catálogo de Productos, Bienes y Servicios a determinados efectos de la LGDCU. Su art. 2 remite al Anexo II, en cuanto a la determinación de qué son bienes de naturaleza

1042) Suele señalarse, que si el consumidor transmite el objeto garantizado a un tercero, éste se subroga su posición, pues la garantía no tiene carácter personalísimo [DUQUE, EC, n.º 3, (1984), p. 78; R. BERCOVITZ, "La defensa", en "Estudios jurídicos", p. 218; MARTINEZ DE AGUIRRE, EC, n.º 16, (1989), p. 107; GARCIA CANTERO, comentario al art. 11, en "Comentarios LGDCU", (1992), p. 379; RUBIO GARRIDO, ADC, (1990), fasc. III, p. 913].

1043) Así DUQUE, aunque con matices, en EC, n.º 3, (1984), pp. 73 y 76-77; A. BERCOVITZ, "La protección", p. 156, y, R. BERCOVITZ, "La defensa", pp. 217-218, ambos en "Estudios jurídicos"; PARRA LUCAN, ADC, (1988), pp. 529-530; GARCIA CANTERO, comentario al art. 11, en "Comentarios LGDCU", (1992), pp. 377-378. También RUBIO GARRIDO, si bien quita importancia al concepto: "En realidad, hecho este breve repaso, podemos advertir que dilucidar qué hayamos de entender por bien duradero es una cuestión de escasa importancia. En efecto, el art. 11,1 LCU contiene un mandato ambicioso, que no sólo, como veremos, va a dotar de un contenido mínimo inderogable a la 'garantía' que el artículo 11 después regula, sino que se aplicará a todas las relaciones contractuales que se celebren dentro del ámbito de aplicación de la Ley" [pp. 893-894, en general las pp. 892-894; ADC, (1990), fasc. III].

duradera a efectos del art. 11.2 (1044).

En segundo lugar, aludiremos al tipo de "vicios o defectos originarios", que la garantía del art. 11 LGDCU cubre. Su apartado 3.b) dice, que "el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado". Esta frase se interpreta en el sentido, de que la garantía del art. 11.2 LGDCU no protege, tan sólo, a los bienes susceptibles de funcionar (el ejemplo por excelencia, la adquisición de cualquier máquina), sino que va más allá, por cuanto que lo que garantiza, es que el bien puede desempeñar la función para la cual se adquirió (1045).

Por otra parte, algunos autores destacan que la garantía del art. 11 abarca los defectos ocultos y los aparentes, pues la ley no distingue, y por tanto, tampoco ha de hacerlo el intérprete. Esto es, que a diferencia del saneamiento por vicios ocultos (art. 1484 final CC), el garante responde, incluso, de aquellos vicios, de los que el comprador habría podido percatarse, si hubiera sido diligente (1046).

1044) Art. 2: "Lo establecido en el artículo 11.2 y 5, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, se aplicará a los bienes de naturaleza duradera relacionados en el anexo II del presente Real Decreto, en las condiciones que se determinen por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo, en disposiciones específicas para cada bien o grupo de bienes".

Y el Anexo II: "Instrumentos y material de óptica, fotografía, relojería y música. Herramientas, cuchillería, cubtería y otras manufacturas metálicas comunes. Muebles, artículos de menaje, accesorios y enseres domésticos. Aparatos eléctricos, electrotécnicos y electrónicos. Vehículos automóbiles, motocicletas, velocípedos, sus piezas de recambio y accesorios. Juguetes, artículos para recreo y deportes. Vivienda".

1045) RUBIO GARRIDO, ADC, (1990), fasc. III, p. 895; GARCIA CANTERO, comentario al art. 11, en "Comentarios LGDCU", (1992), pp. 382-383.

1046) Así PARRA LUCAN, ADC, (1988), pp. 534-535; GARCIA

Finalmente, tratamos del problema de la carga de la prueba del vicio en la cosa, y su carácter originario.

En cuanto a la prueba del vicio, opinamos que corresponde al titular de la garantía. Ahora bien, no es preciso demostrar el concreto defecto de que la cosa adolece. Basta, a nuestro entender, con la prueba de que el bien no funciona adecuadamente, de acuerdo a la utilidad que de él cabía legítimamente esperar. Ya señalamos que el art. 11.3.b) LGDCU habla de que el objeto no pueda cumplir el uso a que esté destinado (1047).

Hemos de mencionar la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1991, que conoció de la adquisición de un vehículo automóvil, que, estando en el período de garantía (un año), se incendió, quedando totalmente calcinado. En el peritaje hecho, a fin de determinar las posibles causas del siniestro, no se identificó una concreta, apuntándose que podía "provenir de una

CANTERO, en comentario al art. 11, "Comentarios LGDCU", (1992), p. 383.

Discrepa, en parte, RUBIO GARRIDO. Según él: "cierto es que la imposición de una obligación legal de un nivel de idoneidad y calidad mínimo, hace que por debajo del mismo se desdibuje la operatividad de la tradicional distinción entre vicio oculto y vicio aparente. Ahora bien, por encima de ese nivel mínimo, el requisito seguirá jugando, (...). E, incluso por debajo de ese nivel mínimo impuesto por la ley jugara la apariencia/cognoscibilidad del vicio, en aquellos supuestos igualmente admitidos por la ley (arts. 1489 y 1493 C.c.) donde, gracias a la suficiente publicidad, es claro que se realiza una compraventa de deshecho o de saldos" [ADC, (1990), fasc. III, p. 897].

1047) De la misma opinión es RUBIO GARRIDO: "la adopción de un criterio funcional de vicio o defecto permite que el comprador pueda alegar el incumplimiento material del contrato sin necesidad de individualizar el vicio o defecto concreto, bastándole probar que el producto que adquirió no funciona o no sirve para el uso al que estuviese destinado, porque ello ya es de por sí incumplimiento material de la prestación" [ADC, (1990), fasc. III, p. 899].

conducta humana, por chispa de un cigarrillo, como de defectos de la cosa al derivarse de cortocircuito entre conductores" (FD n.º 1).

El Tribunal Supremo, que estimó la demanda del comprador, de entrega de otro vehículo en idénticas condiciones al siniestrado e indemnización por daños, afirmó que el comprador había de probar, que el vehículo siniestrado se perdió por incendio, cuando hacía de él un uso correcto, siendo el vendedor, quien entonces debería demostrar, si no quería responder, bien la existencia de alguna causa de exoneración de responsabilidad pactada, bien que el vicio de la cosa no era originario, bien que el comprador no había llevado a cabo un mantenimiento adecuado del vehículo (1048).

R. Bercovitz, autor que da a entender que el comprador sí ha de probar el concreto vicio que impide el uso de la cosa, se muestra, lógicamente, disconforme con la decisión del Supremo. En su opinión, el demandante, esto es, el comprador, tenía que haber probado, que el incendio del vehículo tuvo su origen en

1048) Textualmente: "El precepto 1214 (...) de forma que el actor-reclamante ha de acreditar la realidad de los hechos, en que base las acciones de resarcimiento que postula, es decir, que efectivamente el vehículo comprado con todas las garantías para su debido funcionamiento, se perdió, al incendiarse, cuando hacía uso normal del mismo y no constando un hacer doloso o culposo imputable al mismo, es consecuente que a la sociedad vendedora se traslade la probatura oportuna de la posibilidad de haber surgido el siniestro, por algunas de las circunstancias de exoneración de sus responsabilidades, que fueron convenidas y, en todo caso, si hubiera concurrencia de defectos o vicios ocultos, que los mismos no eran originarios y formaban parte de la estructura del turismo en el momento de su venta, como, y en su caso, que el comprador no había cumplido con los cuidados normales de mantenimiento, revisión y controles técnicos del automóvil" (STS de 23 de mayo de 1991; FD n.º 2).

un defecto de fabricación (1049).

En cuanto a la prueba del carácter originario del defecto

la mayoría de la doctrina entiende, que del art. 11 LGDCU deriva una presunción de preexistencia, siempre que el vicio o el defecto se manifieste en el período de tiempo de la garantía (1050). No obstante, también se defiende lo contrario: que el titular de la garantía ha de probar el carácter originario del vicio (1051).

1049) Dice: "La cuestión más problemática en la Sentencia de instancia es la del nexo causal entre la existencia de un vicio o defecto originario del vehículo y la destrucción total del mismo como consecuencia del incendio. Hay que tener en cuenta que nuestro Ordenamiento no establece presunción legal alguna a favor de los consumidores (...). Lo que quiere decir que, en este caso, el comprador del vehículo y demandante debió probar que el incendio de aquél se había producido como consecuencia de un vicio o defecto en su fabricación". Un poco más abajo, parece diferenciar, a efectos de la prueba, entre los defectos que dan lugar a la destrucción de la cosa y los que no. Afirma: "Es legítimo presumir [por el art. 1253 CC] la existencia de un vicio o defecto en un bien o producto cuando el mismo causa un daño o se deteriora sin que quepa detectar razón alguna externa al propio bien o producto. Pero ése no es el caso. En este supuesto es evidente, y así se señala expresamente en el informe pericial, que las causas han podido ser muy diversas. Con relación a esta cuestión el Tribunal Supremo confunde el tema de culpa con el tema de nexo causal. No parece correcto, en ausencia de presunción legal, que el fabricante deba probar que el incendio del coche se produjo por causa ajena a él" [comentario a la STS de 23 de mayo de 1991, CCJC, n.º 26, (1991), pp. 610-611].

En cambio, posiblemente estuviera de acuerdo con esta STS de 23 de mayo de 1991, dado que su trabajo es de 1990, RUBIO GARRIDO, cuando afirma: "tampoco debe sorprender que al vendedor le corresponda el riesgo de la incerteza o de la falta de prueba o de la causa ignota" [ADC, (1990), fasc. III, p. 899].

1050) DUQUE, EC, n.º 3, (1984), p. 78; A. BERCOVITZ, "La protección", p. 156, y R. BERCOVITZ, "La defensa", p. 220, ambos en "Estudios jurídicos"; PARRA LUCAN, ADC, (1988), pp. 531-532; MARTINEZ DE AGUIRRE, EC, n.º 16, (1989), p. 106; GARCIA CANTE-RO, en comentario al art. 11, "Comentarios LGDCU", (1992), p. 383; CABANILLAS SANCHEZ, "Las obligaciones de actividad y de resultado", (1993), p. 88.

1051) RUBIO GARRIDO, ADC, (1990), fasc. III, pp. 898-899.

[226].- El art. 11.3 LGDCU señala los derechos mínimos (contenido inderogable), que el titular de la garantía tiene. Consisten en la reparación gratuita del bien y en la indemnización de los daños causados por los defectos de la cosa (letra a). En el caso de que la reparación no sea satisfactoria, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto, por otro de idénticas características al pactado, o a la devolución del precio pagado (letra b) (1052).

Al igual que antes, sólo aludimos a algunos de los problemas a que da lugar la interpretación de este precepto.

Lo primero que llama la atención, es que la ley jerarquiza los remedios de los que dispone el titular de la garantía. Según el art. 11.3, éste no es libre de optar entre la reparación o la sustitución del bien, como modalidades de la acción de cumplimiento. En cambio, puede elegir la sustitución del bien o la desvinculación del contrato, una vez que la reparación resultó infructuosa. No obstante lo anterior, algunos autores entienden que, en ciertos casos, puede no aplicarse la jerarquía que el art. 11.3 establece en los remedios, pudiendo el consumidor acudir directamente a la acción de sustitución del bien

1052) Art. 11.3 LGDCU: "Durante el período de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá derecho como mínimo a:
a) La reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados.
b) En los supuestos en que la reparación efectuada no fuera satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado".

(1053).

Otra cuestión interpretativa surge a propósito de la acción de indemnización por daños y perjuicios. En el art. 11.3 LGDCU, la indemnización sólo aparece acompañando a la acción de reparación del objeto (letra a), lo que suscita la duda, de si el titular de la garantía tiene derecho a ella sólo en ese caso, o además, cuando ejercita la acción de sustitución del objeto o la de devolución del precio (letra b). La mayoría de la doctrina, con razón, es partidaria de la opción mencionada en segundo lugar (1054).

1053) RUBIO GARRIDO, con base en diversos argumentos, no considera que el art. 11 haya, sin más, establecido una jerarquía en los remedios. En su opinión, si el defecto es grave, de forma que puede preverse, que con la reparación, difícilmente se obtendrá las condiciones óptimas del objeto, o que la reparación implicará un sacrificio al comprador superior a lo que es razonable, según la buena fe, éste "tiene derecho a solicitar la sustitución o la resolución del contrato". En el caso de que el defecto sea de "poca entidad" y "fácilmente reparable", lo normal es que el comprador acuda a la reparación, sin poder ir a la sustitución del objeto o a la resolución. Pero si esta reparación es insatisfactoria, el comprador puede exigir la sustitución o la resolución [ADC, (1990), fasc. III, pp. 903-905]. De forma similar, si bien más escuetamente, A. BERCOVITZ, "La protección", en "Estudios jurídicos", p. 157. GARCIA CANTERO también considera que en ciertos casos no es obligado acudir primero a la reparación [comentario al art. 11, en "Comentarios LGDCU", (1992), pp. 382, 385].

En cambio, parecen entender que ha de respetarse la jerarquía de los remedios del art. 11.3 LGDCU: DUQUE, EC, n.º 3, (1984), p. 77; R. BERCOVITZ, "La defensa", en "Estudios jurídicos", pp. 219-220; MARTINEZ DE AGUIRRE, EC, n.º 16, (1989), pp. 106-107; PARRA LUCAN, ADC, (1988), pp. 538-539. Esta última autora se plantea, además, si fracasada una primera reparación del bien, el consumidor ha de soportar otra, a lo cual da a entender que no (op. cit., pp. 539-540).

1054) DUQUE, EC, n.º 3, (1984), p. 77; R. BERCOVITZ, en virtud del art. 1124 CC ["La defensa", en "Estudios jurídicos", p. 221]; GARCIA CANTERO, comentario al art. 11, en "Comentarios LGDCU", (1992), pp. 387-388; PARRA LUCAN, con más matices, cuando dice: "Quizá pudiera llegarse a una respuesta afirmativa por aplicación del artículo 1101 del Código civil" [ADC, (1988), p. 545].

Por último, también relacionado con la acción indemnizatoria del art. 11.3, se plantea su relación con los arts. 25 y ss LGDCU (1055). Más concretamente, la cuestión se centra en la

1055) No se olvide, a propósito de los arts. 25 y ss LGDCU, la Directiva 85/374, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. También, que ha transcurrido el plazo, en el cual nuestro Derecho debía adaptarse. Ante esta realidad, téngase presente la doctrina del Tribunal de Justicia de la CEE sobre el llamado "efecto directo y vertical" de las Directivas no implementadas, cuando se dan ciertas condiciones. Finalmente, téngase presentes los problemas de interpretación que el art. 13 de la Directiva plantea ---excepciona los regímenes de "responsabilidad especial" existentes en los ordenamientos de los Estados miembros de la CEE a la notificación de aquélla, y cuyo fin último parece que era la salvaguarda del régimen especial que en materia de medicamentos existía en la República Federal Alemana--, en el sentido de si los arts. 25 y ss LGDCU pueden o no considerarse como regímenes especiales.

Sobre los puntos en común y divergencias entre los arts. 25 y ss LGDCU y la Directiva 85/374, entre otros: RODRIGUEZ PLOSS, "Perspectivas jurídicas europeas en materia de responsabilidad civil de productos", AC, (1989-3), pp. 2885-2896; ACOSTA ESTEVEZ, "La acción de la CEE en materia de responsabilidad por productos defectuosos y reparación de los daños sufridos por el consumidor: adaptación del Derecho español a la Directiva 85/374/CEE", AC, (1990-3), marginales 537-554, y, del mismo autor, con apenas variaciones de estilo y más escueto, "La acción de la CEE en materia de responsabilidad por productos defectuosos y reparación de los daños sufridos por el consumidor: adaptación del Derecho español a la Directiva del Consejo 85/374/CEE", LL, (1990-1), pp. 1141-1149; GARCIA-CRUCES GONZALEZ: "La incidencia de la Directiva 374/85, en materia de responsabilidad de productos, en el Derecho interno español", AC, (1990-3), marginales 685-694.

Para un estudio de esta Directiva 85/374: R. BERCOVITZ, "La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1985", en "Estudios jurídicos", pp. 262-298; PARRA LUCAN, "Daños por productos y protección del consumidor", (1990), pp. 467-620; REYES LOPEZ, "Algunas reflexiones sobre el Derecho del Consumo y la Directiva 374/85 sobre responsabilidad por productos", RGD, (1991), pp. 35-57. La STS de 23 de mayo de 1991 alude, aunque con ciertos errores, a la no adaptación de nuestro Derecho a la legislación comunitaria, en su FD n.º 1.

Por otra parte, para una información general, sobre cómo en la CEE se ha construido, progresivamente, la política de defensa de los consumidores, en MARTINEZ DE AGUIRRE, "Derecho comunitario y protección de los consumidores", (1990).

relación que media entre los arts. 11.3 y 27.1.a). Este último afirma que, sin perjuicio de lo que sea más favorable al consumidor, el fabricante, importador, vendedor o suministrador del bien son responsables del "origen, identidad e idoneidad" del bien. Dejando al margen el difícil problema, sobre cuál es el régimen de responsabilidad acogido en los arts. 25 y ss LGDCU (subjetivo u objetivo), lo que es objeto de diversas interpretaciones por los autores (1056), varias son las cuestiones a

1056) Muy esquemáticamente, la mayoría sostiene que el art. 26, al que algunos añaden el 27, por entender que forman un bloque, responden a un sistema de responsabilidad subjetivo, con inversión de la carga de la prueba de la culpa, y el 28, a otro objetivo [CAVANILLAS MUGICA "Responsabilidad civil y protección del consumidor", (1985), pp. 41-44, 145, 147, aunque, advirtamos, este autor considera que el art. 27 contempla un "supuesto independiente", cfr., infra, nota n.º 1061; GARCIA AMIGO "La defensa de los consumidores desde el Derecho privado", RDP, (1985), p. 411, y, "Ley para la defensa de los consumidores y usuarios: responsabilidad civil extracontractual", AC, (1986), pp. 7-9; SEQUEIRA MARTIN, "El derecho a la indemnización de daños y perjuicios en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios", RCDI, (1986), pp. 1456-1464; MARTIN GIL, "La responsabilidad civil del fabricante y protección del consumidor", LL, (1987), pp. 903-904]. En cuanto al art. 25, mientras unos consideran que se trata de un precepto general, introductorio, que no prejuzga un concreto sistema de responsabilidad [CAVANILLAS, pp. 42-43, SEQUEIRA, pp. 1454-1456], otros ven en él un sistema de responsabilidad por riesgo [GARCIA AMIGO ya se inclina por esta posibilidad en AC, op. cit., p. 6; MARTIN GIL, p. 904].

Según OLMOS, el art. 25 es "una declaración general del principal derecho del consumidor"; el 26 recoge una "responsabilidad cuasiobjetiva", pues hay presunción de culpa y elevación de las cotas de diligencia exigible; y el 28 introduce un sistema de responsabilidad objetivo pleno ["La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados por el consumo de productos alimenticios", LL, (1987-4), pp. 1020-1022].

Afirma PARRA LUCAN: "A mi juicio desde esta perspectiva [la del producto defectuoso] no importa tanto la calificación del sistema de responsabilidad establecido en la LCU con arreglo a los criterios tradicionales de responsabilidad por culpa u objetiva como analizar qué circunstancias determinan el deber de indemnizar" (p. 373). Considera, que el art. 25 LGDCU viene en cierto modo a reproducir el contenido del art. 2.c) LGDCU; que el 26 recoge la aplicación jurisprudencial del art. 1902 CC (responsabilidad por culpa, con inversión de la carga de su prueba); y que el 28 LGDCU establece un sistema de responsabilidad más estricto, que prescinde de la conducta diligente o no del demandado ["Daños por productos y protección del consumi-

que dan lugar los arts. 11.3 y 27.1.a) LGDCU. Todas ellas, como pasamos a ver, conexas entre sí.

dor", (1990), pp. 373-406].

Por otra parte, R. BERCOVITZ sostiene que los arts. 27 y 28 LGDCU responden a un sistema de responsabilidad objetivo, estando su diferencia, aparte de en su objeto, en la legitimación activa. Mientras que la acción del art. 27 no puede ejercitarla el 'bystander', persona que sin ser consumidor se ve dañado por el bien (v.gr. botella de gaseosa que estalla, causando daños a una persona que paseaba), el 28 sí que le permite interponer la acción indemnizatoria. Reconociendo que los partidarios de diferenciar entre un sistema subjetivo (26 y 27) y otro objetivo (28) cuentan con argumentos a su favor, expone los que a su entender le apoyan. Uno es que, en su opinión, el art. 27 comprende supuestos de responsabilidad extracontractual y contractual. Esto lo confirma el art. 29 que, situado en el mismo capítulo VIII, se refiere a los "daños contractuales y extracontractuales, e "interpretar el artículo 27 en términos de responsabilidad subjetiva supondría someter la responsabilidad contractual a semejante limitación, contraria a la regulación de contratos en el Código civil. La responsabilidad contractual es fundamentalmente una responsabilidad objetiva dado que el incumplimiento del que se responde no requiere la existencia de culpa". Otro argumento es el art. 25, que según R. BERCOVITZ, "contiene una regla de responsabilidad objetiva muy acentuada", y carecería de sentido, por cuanto que prácticamente quedaría derogado, si admitimos que el art. 26 responde a un sistema de reponsabilidad subjetivo. Finalmente, a mayor abundamiento, ningún apartado (a, b, y c) del art. 27.1 menciona la culpa de los sujetos responsables. No obstante esto, R. BERCOVITZ reconoce las dificultades de interpretación que el art. 26 suscita [pp. 662-666, en "Comentarios LGDCU", (1992); también las pp. 684, 686-687, 697-699, 703-705, 715, 723-724].

En cuanto al Tribunal Supremo, afirma en la sentencia de 23 de mayo de 1991, que la LGDCU distingue en la responsabilidad civil: "a) La objetiva --como excepcional-- (art. 28), en cuanto dispone que 'en todo caso' se someten a este régimen de responsabilidad, los vehículos a motor, con un límite cuantitativo revisable de quinientos millones de pesetas, y b) La subjetiva (arts. 25, 26 y 27), que tiene carácter general, basada en la culpa del sujeto responsable, que se presume, pero que puede exonerarse de su deber indemnizatorio, probando, bien que el consumidor, o las personas que deban responder civilmente [sic], han hecho un uso indebido, negligente o temerario del producto, o bien que se han cumplido todas las exigencias y requisitos reglamentarios establecidos y se han adoptado aquellas diligencias y previsiones, acordes con la naturaleza y especialidad de las mercaderías que han incorporado al tráfico comercial y ofertado a los posibles usuarios de la misma" (FD n.º 2).

Estando claro que la responsabilidad del art. 11.3 es contractual (deriva del vínculo, que la "garantía" crea entre el garante y el titular de la garantía), a propósito del art. 27.1.a), se discute el tipo de responsabilidad que contiene. La mayoría sostiene que se trata de la extracontractual, lo cual parece contar, en su apoyo, con los antecedentes parlamentarios (1057). Sin embargo, también se defiende que incluye la respon-

1057) En el Pleno del Congreso, el Sr. García Amigo, diputado por el grupo parlamentario popular, defendió que el Capítulo VIII, que trataba de la responsabilidad extracontractual, se trasladase a continuación del Capítulo III, o que éste se colocase antes del VIII. Su justificación era la coordinación de estos dos capítulos con el art. 2 del PLGDCU, que en su letra b) mencionaba la protección de los legítimos intereses del consumidor, y en la c), la de indemnización de daños [DSCD, II Legislatura, n.º 115]. Precisamente, en el debate del art. 2 PLGDCU, el Sr. García Amigo defendió, en enmienda transaccional, un cambio en el orden, o unión, de las letras b) y f), en las que se enumera los derechos básicos de los consumidores [DSCD, II Legislatura, n.º 113]. En turno de réplica, el Diputado Sr. Puig i Olive, como portavoz del grupo parlamentario socialista, ofreció una transaccional, afirmando: "Ese nuevo redactado del artículo dos en el que la mención de derechos básicos a que nos hacía referencia el señor García Amigo, ha sido incorporado en el sentido de cambiar el orden del apartado f) al apartado b), también la aceptamos, de tal suerte que detrás de 'la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales', figurará 'la indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos'" [DSCD, II Legislatura, n.º 113]. El Diputado Sr. García Amigo retiró su enmienda, aprobándose la del grupo parlamentario socialista. En cuanto a la enmienda presentada por el Diputado Sr. García Amigo en relación al Capítulo VIII, no se procedió a su votación, puesto que el grupo parlamentario popular retiró todas sus enmiendas.

En el Senado, el grupo parlamentario popular presentó una enmienda al Capítulo VIII, proponiendo cambiar el título "Garantías y responsabilidades", por "Responsabilidad civil extracontractual" [BOCG, de 4 de junio de 1984, Senado, II Legislatura, Serie II, n.º 134 (c)]. La ponencia designada al estudio del PLGDCU no la aprobó. Ya en el pleno del Senado, el Diputado Sr. Hens Tienda, portavoz del grupo parlamentario popular, volvió a presentar aquella enmienda, señalando que: "Nosotros queríamos únicamente cambiar el nombre del título que dice 'Garantías y responsabilidades' por 'Responsabilidad Civil extracontractual', porque todo lo que hay en ese Capítulo son responsabilidades extracontractuales, a diferencia de lo que dice el título del Capítulo" [DSS, de 13 de junio de 1984, II Legislatura, n.º 71]. El pleno del Senado tampoco lo aprobó.

En un trabajo posterior a la LGDCU, en el que entre otras cosas se ofrece una panorámica de su contenido, GARCIA AMIGO

sabilidad contractual y la extracontractual (1058). Y asimismo se ha dicho, que el Capítulo VIII se sitúa al margen de la 'summa divisio' entre responsabilidad contractual y extracontractual.

En clara conexión con lo anterior, está el problema de la extensión de los daños indemnizables. Algunos autores parecen dar a entender, que los daños, que se circunscriben al objeto del contrato, se encauzan por el Capítulo III de la LGDCU, en el que se sitúa el art. 11, y los otros posibles daños, que del carácter defectuoso de la cosa puedan derivarse, van al Capítulo VIII, esto es, a los arts. 25 y ss (1059). Otros, en cam-

afirma en relación a los arts. 25 y ss LGDCU: "A diferencia de la contractual, la extracontractual se regula detalladamente en la nueva ley, que, al ser especial y posterior, deroga o exceptiona al Código civil, que regirá tan sólo como supletorio" [RDP, (1985), p. 411]. Y en relación al art. 11 LGDCU dice: "Uno de los grandes fallos, en mi opinión, de la nueva ley es la ausencia de regulación de la responsabilidad contractual" (op. cit., p. 410).

1058) R. BERCOVITZ, cfr. supra, nota n.º 1056.

1059) Así, por ejemplo, parece desprenderse de las afirmaciones de DUQUE: "La indemnización de los daños y perjuicios [la del art. 11.3] (...) no se refiere directamente a los perjuicios que el vicio o defecto de calidad pudiera irrogar en el patrimonio (o en salud, la integridad física o la vida) de los consumidores o usuarios. Estas normas hay que buscarlas en el cap. VIII donde --con un alcance que supera el ámbito de los vicios o defectos-- se establece el derecho de exigir responsabilidad a favor de los consumidores (...)" [EC, n.º 3, (1984), p. 79; cfr. también la p. 80, en donde afirma la "continuidad temática" del art. 11 y el Cap. VIII de la LGDCU].

También de las de SEQUEIRA: "El alcance de la indemnización de daños afecta sólo a los producidos por el consumo (arts. 25 y 28 LG), pero no a los daños económicos que puedan derivarse del incumplimiento del contrato como consecuencia de haberse realizado una prestación defectuosa. Este tema pertenece al margen del contenido de este derecho a la indemnización de daños y, salvo en lo que afecte al contenido del derecho a la defensa de los legítimos intereses económicos (arts. 7º y sigs. LG) de esta Ley". Un poco más abajo: "El derecho a la indemnización se deriva exclusivamente de la existencia de un daño producido por el consumo, ya medie o no una relación contractual, sin que afecte al problema que a su vez pueda deri-

bio, dan a entender que los arts. 25 y ss incluyen todo tipo de daños (resarcimiento integro), destacando, además, la existencia de un concurso de acciones entre la indemnizatoria prevista en el art. 11.3 y la de los arts. 25 y ss (1060). Finalmente,

vase del posible incumplimiento de una relación contractual" [p. 1453; insiste, más matizadamente, en pp. 1454-1455 y 1459, RCDI, (1986)].

En cuanto a CAVANILLAS MUGICA, éste defiende una postura más matizada, por lo que sólo, en cierto modo, puede incluirsele entre los presentes autores. En principio, sí se inclina por la necesidad de diferenciar entre tipos de daños. Dice: "partiendo de que hay que distinguir el interés que el comprador tiene en la utilidad del producto y el que tiene en su seguridad. Mientras el "derecho a la utilidad" del comprador puede estar contractualmente reforzado, al ser precisamente objeto del contrato de compraventa, con la posibilidad de accionar contra el vendedor por incumplimiento contractual o saneamiento, el "derecho a la seguridad o indemnidad" debe ser igual para todos los ciudadanos y, por tanto, para todos los consumidores (...). Esto nos sugiere la conveniencia de interpretar restrictivamente el régimen especial de garantía contractual previsto en la Ley del Consumidor [el del 11.3] (...). Lo que nosotros querríamos entender es que la garantía cubre los daños, emergente y de lucro cesante, que se centran en el mismo producto, en sus prestaciones e utilidades, y no aquéllos que se causan en otros bienes del consumidor, que quedarían sometidos al régimen de responsabilidad extracontractual" ["Responsabilidad civil y protección del consumidor", (1985), pp. 132-134; también las pp. 131, 199-200; sin embargo, véase infra, la nota n.º 1061, en la que exponemos su opinión sobre el supuesto de hecho del art. 27 LGDCU].

1060) Así PARRA LUCAN: "Respecto a los daños producidos por la propia cosa se plantea la existencia de un concurso de responsabilidades. Si los llamados a responder por una vía y otra [11 y 25 ss] son personas distintas, no habrá obstáculo a la concurrencia de responsabilidad de ambas. El problema se plantea cuando el concurso de responsabilidades se da en un mismo sujeto. En favor del titular de la garantía al que la cosa defectuosa le haya ocasionado algún daño se produce un concurso de acciones. El titular de la garantía dañado podrá entonces optar por una u otra acción de responsabilidad. Esta solución, aceptada en otros sectores por el Tribunal Supremo, favorece al consumidor" [ADC, (1988), pp. 548-549; reitera estas ideas, desde otra perspectiva, en "Daños por productos y protección del consumidor", (1990), pp. 436-441].

También RUBIO GARRIDO: "Ni tampoco excluye que, aun jugando el artículo 11 LCU, el mismo supuesto de hecho pueda ser generador de responsabilidad extracontractual, exigible hoy fundamentalmente sobre la base de los artículos 25 y ss LCU. Entiendo preferible la compatibilidad o alternatividad de ambas vías (...). Observemos que en esta materia se produce una clara convergencia de los compartamentos [sic], tradicionalmente es-

hemos de mencionar la opinión de Cavanillas sobre el art. 27.1 LGDCU, quien se limita a afirmar, que éste "extracontractualiza" el incumplimiento por 'aliud pro alio' (1061).

En la sentencia de 20 de octubre de 1990, el Tribunal Supremo tiene presente la posible conexión del art. 11, con los 25 y ss LGDCU. Resuelve sobre la adquisición de un vehículo automóvil, cuyo motor no funcionó correctamente. Si bien la garantía fue ofertada por el fabricante, el comprador demandó al vendedor (concesionario oficial). La primera y la segunda instancia desestimaron la pretensión del comprador, al admitir la excepción de falta de legitimación pasiva, alegada por el demandado.

Por el contrario, el Tribunal Supremo sí estimó la existencia de legitimación pasiva en el vendedor, en virtud del art. 27.1.a) LGDCU. Asimismo, afirmó que el comprador no había

tancos, de los dos regímenes de responsabilidad, que difícilmente admiten hoy diferencias de funcionamiento (...) y en ello nos hemos basado para defender la unidad temática entre los capítulos III y VIII LCU" [ADC, (1990), fasc.III, pp. 912-913, pero, realmente, desde la p. 905; sobre la "unidad temática", además, las pp. 885 y 898].

1061) Textualmente: "pensamos nosotros que el art. 27 no se refiere ni a la responsabilidad por culpa del art. 26, ni a la objetiva del 28, sino que constituye un supuesto independiente. (...) A nuestro modo de ver el art. 27 viene a implicar una verdadera 'extracontractualización' del incumplimiento por 'aliud pro alio' de la que probablemente ni el mismo legislador ha sido demasiado consciente. (...) Tendríamos, entonces (...) una regla de algo que podemos llamar 'garantía' y cuya relación con el ya de por sí impreciso art. 11 resulta difícil de entender (art. 27)" [CAVANILLAS MUGICA, "Responsabilidad civil y protección del consumidor", (1985), pp. 145-147; también la p. 210].

renunciado al beneficio de la solidaridad (art. 27.2 LGDCU) (1062), procediendo, a continuación, y sin más, a aplicar el art. 11.3.a) LGDCU. De aquí, que condenase al vendedor, por ministerio de ley, a la reparación gratuita del vehículo automóvil, sin perjuicio del derecho de repetición que pudiera corresponderle (1063).

1062) Art. 27.2 LGDCU: "Si a la producción de daños concurrieren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pagare al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños".

1063) R. BERCOVITZ critica esta sentencia. Dice: "Coincido con la opinión de la Sala según la cual dicho artículo [27] cubre también la responsabilidad contractual del vendedor por los vicios o defectos del bien vendido al consumidor y extendiendo esa responsabilidad solidariamente al fabricante y a los intermediarios participantes en la cadena de comercialización del bien. Pero dudo que esa responsabilidad solidaria cubra también la garantía prevista en el artículo 11.2 LGDCU. La responsabilidad solidaria derivada del artículo 27.2 para fabricante, intermediario y vendedor por los defectos del bien vendido se refiere a la responsabilidad prevista por la Ley para el vendedor, la correspondiente a los artículos 1101, 1124, 1484 y siguientes del Código civil. La novedad que aporta ese precepto de la LGDCU está en extender las obligaciones y responsabilidades del vendedor a sujetos ajenos al contrato de compraventa. Pero del mismo no se deduce que cualquier responsabilidad o garantía que pacte cualquiera de ellos con el comprador afecte directamente en los mismos términos frente a éste (solidaridad) a todos los demás sujetos. Del mismo no se deduce que la garantía ofrecida por el fabricante obligue también solidariamente al vendedor, tal y como se concluye en el caso contemplado por la sentencia" [pp. 1080-1081; CCJC, n.º 24, (1990), pp. 1075-1082].

Curiosamente, el texto alternativo, que en 1981 el PSOE presentó al Proyecto de Ley del consumidor de la UCD, por aquel entonces en el Gobierno, previa, en ciertas condiciones, la solución criticada por R. Bercovitz. Su art. 35 decía: "De la garantía. De sus elementos. El Gobierno, en el plazo máximo de seis meses, estableciera la relación de aquellos bienes de naturaleza duradera cuya venta o arrendamiento, quedará sometida al régimen de la garantía contra vicios, defectos, o indebido funcionamiento. La garantía que se formalizará por escrito en todo caso, expresará necesariamente: (...) b) El garante. Podrá ser garante persona distinta del vendedor o arrendador. No obstante, si el garante incumpliere sus obligaciones, el titular de la garantía tendrá acción directa, a su elección, y con carácter solidario, contra el fabricante, el distribuidor, el vendedor o el arrendador para lograr la efectividad de la garantía (...)" . Para otro supuesto de hecho, el art. 36 señala: "De los

[227].- Además del art. 11 LGDCU, nos interesa el 7 LGDCU, primero del Capítulo III, rubricado de la "Protección de los intereses económicos y sociales". De esta forma, veremos hasta donde llega el sistema de protección que la LGDCU establece en beneficio del consumidor.

Entre otras cosas, el art. 7 dice, en relación a los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios, que se aplicará "además, lo previsto en las normas civiles y mercantiles" (1064).

Si bien el art. 7 LGDCU es objeto de distintas interpretaciones (1065), opinamos que puede entenderse en el sentido, de

efectos de la no formalización de la garantía. En los supuestos en que, a pesar de ser obligatoria la garantía no se formaliza el correspondiente contrato, el consumidor tendrá acción directa, a su elección y con carácter solidario, contra el vendedor, el distribuidor, el fabricante o el arrendador para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la garantía (...)" [ambos artículos los hemos tomado de "Cuadernos Parlamentarios", n.º 10, (1982), Partido Grupo Socialista, pp. 53-54].

1064) Art. 7 LGDCU: "Los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta Ley, aplicándose además lo previsto en las normas civiles y mercantiles y en las que regulan el comercio exterior e interior y el régimen de autorización de cada producto o servicio".

La breve E.M. de la LGDCU señala este hecho, de la no exclusión de otras normas: "Con el fin de dar cumplimiento al citado mandato constitucional [51 CE], la presente Ley (...) aspira a dotar a los consumidores y usuarios de un instrumento legal de protección y defensa, que no excluye ni suplanta otras actuaciones y desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales cercanos o conexos, tales como la legislación mercantil, penal o procesal y las normas sobre seguridad industrial, higiene y salud pública, ordenación de la producción y comercio interior".

1065) Al respecto, el comentario de MARTINEZ DE AGUIRRE al art. 7 LGDCU, en "Comentarios LGDCU", (1992), pp. 127-131. Este autor afirma, que la concurrencia de normas de la LGDCU con otras civiles o mercantiles debe resolverse "prudencialmente, caso por caso, a partir del principio de condición más

que lo que la LGDCU pretende, únicamente, es destacar su carácter de norma especial, al mismo tiempo que recuerda al intérprete, que otras leyes (en nuestro tema, básicamente Código civil) también pueden aplicarse, siempre que ello sea posible. El límite a esta concurrencia de normas generales y especial lo marca la Disposición Derogatoria de la LGDCU, que afirma la derogación de toda norma que se le oponga (1066).

En la cuestión de las anomalías cualitativas de la cosa, podemos entender que el art. 7 suministra apoyo, a que el consumidor disponga, además de los derechos del art. 11, del saneamiento por vicios ocultos del Código civil (arts. 1484 y ss CC) (1067). Según convenga a sus intereses, el consumidor ejer-

beneficiosa para el consumidor (...). Según esto, lo que hace la LCU es fijar un límite jurídico mínimo a la defensa de los consumidores y usuarios, por debajo del cual actúa, en cada caso concreto, esa atípica eficacia derogatoria de la LCU consistente en desplazar en la medida precisa la normativa preexistente y complementarla, corregirla o sustituirla por la de la LCU. Ahora bien, si dicha normativa preexistente contiene normas más favorables para los consumidores que las que resulten de la aplicación de la LCU (...), entonces ellas serán de aplicación antes que la Ley de Consumidores. Se trata, pues, más que de una derogación, de una suspensión o desplazamiento de lo más desfavorable, que actúa caso por caso" (op. cit., p. 130). Esta opinión ya la había sostenido en anteriores trabajos, como por ejemplo, en "Las condiciones de la protección eficaz de los consumidores en los contratos sobre prestaciones duraderas: conformidad y garantía", EC, n.º 16, (1989), p. 100

1066) DD LGDCU: "Quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo dispuesto en esta Ley".

1067) No hemos de olvidar el art. 11.1, que dice, entre otras cosas, que el régimen de reclamación debe permitir al consumidor "reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro". Según R. BERCOVITZ, esta norma no pretende introducir cambios en los conceptos a los que alude. De aquí que GARCIA CANTERO afirme, que en ese caso, el art. 11.1 "se trataría de una norma de puro recordatorio de lo ya dispuesto en el art. 7 LCU" [comentario al art. 11, "Comentarios LGDCU", (1992), p. 370].

Hemos de traer a colación las afirmaciones de DUQUE, quien

citará unas u otras acciones. Con distintos matices y precisiones, algunos autores admiten la compatibilidad entre estos dos regímenes (1068). Además, a mayor abundamiento, recuérdese el texto alternativo, que en 1981 el PSOE presentó al Proyecto de Ley del consumidor de la UCD, el cual, expresamente mencionaba el saneamiento por vicios ocultos, al que, entre otras cosas, imponía carácter imperativo (cfrs. arts. 29 a 34) (1069), y al mismo tiempo, también regulaba la garantía (cfrs. arts. 35 a 39). En cambio, no había un precepto similar al actual art. 7 LGDCU. Téngase presente, que suele admitirse que ese texto alternativo del PSOE ha tenido gran influencia en la LGDCU.

Asimismo, en base al art. 7, podríamos entender que el consumidor dispone de las acciones generales de incumplimiento

dice: "En efecto en el primer párrafo [del art. 11] reconoce y admite las clásicas 'acciones redhibitoria y quanti minoris' para los casos de defectos o vicios ocultos --extendiendo el supuesto de hecho a defectos de cantidad o calidad-- y, al mismo tiempo, admite la posibilidad de modificación de los requisitos que tiene que cumplir la contraparte en el contrato para poder ejercitar estas acciones" [EC, n.º 3, (1984), p. 73].

1068) A. BERCOVITZ, "La protección", en "Estudios jurídicos", p. 157; PARRA LUCAN, ADC, (1988), pp. 550-552; MARTINEZ DE AGUIRRE, EC, n.º 16, (1989), pp. 99, 108-109; parece inclinarse por admitirlo GARCIA CANTERO, en comentario al art. 11, "Comentarios LGDCU", (1992), p. 373.

1069) Es oportuno transcribir el art. 30 de ese texto alternativo, que dice: "Del régimen jurídico de la responsabilidad por vicios o defectos de la cosa vendida. La responsabilidad del vendedor frente al consumidor por los vicios o defectos ocultos se regirá por lo dispuesto en los artículos 1484 y siguientes del Código Civil, con las siguientes singularidades previstas en esta Ley" [reproducimos el artículo de "Cuadernos Parlamentarios", n.º 10, (1982), Partido Grupo Socialista, p. 53].

(arts. 1096 y ss CC), lo que también admiten algunos autores (1070).

No se olvide, que la finalidad del art. 11 LGDCU es ofrecer un mínimo en la protección del consumidor, lo que apoya las interpretaciones que favorezcan la mayor protección. Añádase, que el sentido último de la LGDCU es dar al consumidor una amplia y extensa protección. Por todo ello, no resulta coherente interpretar la LGDCU de forma que el consumidor tenga una menor protección de la que ya tenía con anterioridad a 1984.

[228].- En conclusión, la LGDCU ofrece un amplio abanico de acciones al comprador, con las que reaccionar ante la entrega de una cosa con anomalías cualitativas.

A pesar de los problemas de interpretación que en este concreto punto plantea la LGDCU (lo que es una característica general suya, reiterada con frecuencia por la doctrina), podemos valorar positivamente la protección de la que dispone el consumidor por la conjunción de la garantía del art. 11 con las acciones derivadas de la remisión del art. 7. Aunque esta valoración no suela destacarse por la doctrina que ha tratado de la garantía, es una idea que entendemos que está presente, al menos entre líneas.

Podemos pensar que la amplia protección que la LGDCU ofrece, se justifica en la situación de inferioridad, en la que el

1070) MARTINEZ DE AGUIRRE, EC, n.º 16, (1989), p. 108. Según PARRA LUCAN, si los defectos en la cosa hacen imposible su uso, o hay una insatisfacción total, el comprador puede optar entre el cumplimiento o la resolución, en base al art. 1124 CC [ADC, (1988), p. 550]. Véase también RUBIO GARRIDO, ADC, (1990), fasc. III, pp. 910-911.

consumidor final se encuentra, cuando contrata con un empresario o comerciante (1071). A su vez, ello puede justificar la existencia de un principio 'pro consumatore', cuyo fin consistiría en corregir la anterior situación, que los autores extraen en la actualidad del art. 51 CE, y que el propio art. 1.1 LGDCU califica de principio general de derecho (1072).

1071) Esto ha justificado el intento, por parte de algunos autores, de ver una rama específica en esta materia: el llamado Derecho del consumidor [al respecto, las distintas consideraciones de REICH, "Mercado y Derecho. (Teoría y praxis del Derecho económico en la República Federal Alemana)", ed. alemana de 1977, versión castellana por A. Font, (1985), pp. 158-206; sobre todo, las pp. 170-176]. Esta idea del Derecho del consumo se refleja en la existencia de obras, enfocadas desde esta perspectiva. Por ejemplo, para el Derecho francés, la conocida obra de CALAIS-AULOY, "Droit de la consommation", (1980), que trata de aspectos muy diversos; para el alemán, es fundamental la obra de VON HIPPEL, "Verbraucherschutz", 3.ª ed., (1985); para el nuestro, la breve obra de E. POLO, anterior, adviértase, a la LGDCU, titulada "La protección del consumidor en el Derecho privado", (1980); por otro lado, véase el trabajo de GARCIA CANTERO, "Integración del Derecho del Consumo en el Derecho de Obligaciones", en el que llama la atención sobre las incidencias que esta rama del Derecho ha supuesto en el tradicional Derecho de Obligaciones y Contratos [RJN, n.º 13, (1992), pp. 37-51, especialmente las pp. 46-51]; en esta misma línea, MARTINEZ DE AGUIRRE, "Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de Obligaciones (versión provisional)", en Congreso de Zaragoza, 15-18 de noviembre de 1993, pp. 305-346, especialmente las pp. 334-346.

En cuanto a la situación de superioridad del comerciante frente al consumidor, recuérdense la reflexiones hechas, supra, en nota n.º 608.

1072) Art. 1.1 LGDCU: "En desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución, esta Ley tiene por objeto la defensa de los consumidores y usuarios, lo que, de acuerdo con el art. 53.3 de la misma tiene el carácter de principio general informador del ordenamiento jurídico. (...)".

Para algunas reflexiones sobre el art. 51 CE, en el sentido, de que recoge un principio general de Derecho, y sobre la LGDCU, en Adolfo MENEDEZ MENEDEZ, "La defensa del consumidor: un principio general del Derecho", en "Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría", tomo II, "De los Derechos y Deberes fundamentales", (1991), pp. 1901-1917. También sobre el principio general de defensa de los consumidores, y otros aspectos, como la distribución de competencias entre Estado y CCAA en materia de consumo, QUINTELA GONSALVEZ, "La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución Española de 1978", (1986), pp. 201-223.

Sin embargo, como ya adelantáramos y pasamos de inmediato a ver, salvando las distancias, en las compraventas internacionales de mercaderías, el comprador también cuenta con un amplio abanico de acciones, cuando la cosa adolece de anomalías cualitativas, que guarda, curiosamente, cierta semejanza con el sistema de acciones, de que dispone el comprador en virtud del art. 11 LGDCU y otras leyes (art. 7 LGDCU).

3. La Convención de Viena, de Naciones Unidas, sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980. La "no conformidad" y sus consecuencias.

[229].- La CV de 1980 se caracteriza, porque aglutina en un único concepto, el de la "no conformidad", todos los casos relativos a las anomalías cualitativas en la cosa. Las diferentes categorías de vicio, defecto de calidad y 'aliud pro alio', conocidas en ciertos ordenamiento de ámbito continental (entre ellos, el nuestro), no son tenidas en cuenta, de forma expresa, por la CV de 1980. En cambio, es patente la semejanza que en este aspecto hay, entre la CV y el Derecho inglés de la compraventa (1073).

Diversos autores destacan, con mayor o menor alcance, esta característica unificadora de la CV (1074).

1073) Supra, n.ºm. 66 y ss.

1074) Entre otros, por ejemplo: BIN, cuyo trabajo abarca también a los defectos jurídicos en la cosa ["La non conformità dei beni nella convenzione di Vienna sulla vendita internazionale", RTDPC (1990), pp. 755-768]; BIANCA, comentario al art. 35 CV, pp. 146-147, en general, pp. 146-152; UBALDI, comentario al art. 36 CV, pp. 154-155; SCARANO, comentario al art. 37 CV, pp. 166-167; PRISCO, comentario a los arts. 44 y 45 CV, p. 207; NICTOLIS, comentario a los arts. 49 y 50, pp. 223, 227, y 237-238; PIETRAVALLE, comentario al art. 51, pp. 245-246, todos en

El art. 35 CV es el precepto clave de la "no conformidad". El apartado primero afirma que el vendedor tiene que entregar las mercancías, según lo estipulado. El apartado segundo desarrolla esa regla; dice que las mercancías deben ser aptas para los usos a que normalmente se destinan (a), o para aquél especialmente pactado, salvo que el comprador no confiase o no fuese razonable que confiara en el vendedor (b); si hubo muestra o modelo, las mercancías entregadas han de ajustarse a ellas (c); finalmente, las mercancías deben ir adecuadamente embaladas (d) (1075).

[230].- Asimismo, la CV se caracteriza, porque ofrece un amplio abanico de remedios al comprador con los que reaccionar ante la

NLCC, (1989); MEDINA DE LEMUS, "La venta internacional de mercaderías", (1992), pp. 102-103; AUDIT, "La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980", (1990), pp. 95 y 100, en general las pp. 95-101; BIANCA/BONELL, comentario al art. 35 CV, "Commentary on the International Sales Law", (1987), pp. 270-271 y 273; HONNOLD, "Uniform Law for International Sales (Under the 1980 United Nations Convention)", (1987), pp. 63-65 y 250.

1075) Art. 35 CV 1980: "1. El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada en el contrato. 2. Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: a) que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo; b) que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y juicio del vendedor; c) que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador; d) que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas (...)"

entrega de mercancías "no conformes". Valorando la CV, desde la perspectiva de nuestro Código civil, ese conjunto de remedios parece ser el fruto de haber sumado las acciones generales de incumplimiento más las edilicias. En otras palabras, la CV procede, asimismo, a una unificación de los remedios (1076).

Por otra parte, la CV gradúa los diferentes remedios según la gravedad de la "no conformidad". Aquí, juega un papel relevante el concepto de "incumplimiento esencial": aquél que causa tal perjuicio que priva sustancialmente a la contraparte, de aquello a que tenía derecho (art. 25) (1077).

Ante una "no conformidad" (incumplimiento), el comprador puede ejercitar la acción de cumplimiento (1078). En todo caso, ésta consiste en la reparación de las mercancías, y sólo, si el

1076) Sobre el examen de la mercancía, denuncia de los defectos y funcionamiento de los diferentes remedios: FRATTINI, comentario a los arts. 38, 39 y 40, pp. 171-185; CUFFARO, comentario al art. 44, pp. 202-203; PRISCO, comentario a los arts. 45 y 46, pp. 203-214; NICTOLIS, comentario a los arts. 49 y 50, pp. 222-244; BONELLI, comentario a los arts. 74, 75, 76 y 77, pp. 297-308; PONZANELLI, comentario a los arts. 78, 79 y 80, pp. 308-319, todos en NLCC, (1989); MEDINA DE LEMUS, "La venta internacional de mercaderías", (1992), pp. 148-154 y 157-160; AUDIT, "La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980", (1990), pp. 101-109, 118-136 y 162-171; HONNOLD, comentario a los arts. 38, 39, 40, 44, 45, 46, 49, 50, 74, 75, 76, 77, 78, 79 y 80, en "Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention", (1987), pp. 274-284, 294-303, 315-327, pp. 408-444.

1077) Art. 25 CV: "El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que ha incumplido no haya previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación".

1078) No se olvide el art. 28 CV; al respecto, supra, nota n.º 99.

incumplimiento es esencial, podrá consistir en la sustitución de las mercancías (art. 46) ⁽¹⁰⁷⁹⁾. Pero el comprador puede optar, también, por la resolución de la compraventa, tratándose de un incumplimiento esencial (art. 49) ⁽¹⁰⁸⁰⁾. Asimismo, puede elegir ejercitar la acción de reducción del precio, que no se condiciona a que el incumplimiento sea esencial. La rebaja del precio se fija en proporción a la diferencia de valor que haya entre el valor de la mercancía, en el momento de la entrega, y el valor que ésta tendría en el mismo momento, si hubiera sido conforme al contrato (art. 50) ⁽¹⁰⁸¹⁾. Por último, en todo ca

1079) Art. 46 CV: "1) El comprador podrá exigir del vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esta exigencia. 2) Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento. 3) Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que se reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento".

1080) Art. 49 CV: "1) El comprador podrá declarar resuelto el contrato: a) si el incumplimiento del vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; (...)"

1081) Art. 50 CV: "Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato. Sin embargo, el comprador no podrá rebajar el precio si el vendedor subsana cualquier incumplimiento de sus obligaciones conforme al artículo 37 o al artículo 48 o si el comprador se niega a aceptar el cumplimiento por el vendedor conforme a esos artículos".

Véase, asimismo, supra, la nota n.º 222.

so, el comprador dispone de una acción de indemnización por los daños sufridos, que se regula en los arts. 74 y ss CV.

Además, el comprador tiene la carga de denunciar la falta de conformidad de las mercancías al vendedor en un plazo razonable, computado desde su descubrimiento, o desde el momento en que el comprador hubiera debido descubrirlo (art. 39.1) (1082). No obstante, si el comprador tiene una excusa razonable de la no denuncia, todavía podrá rebajar el precio, o pedir indemnización de daños (art. 44) (1083). En todo caso, el comprador ha de comunicar la falta de conformidad de la mercancía en un plazo máximo de dos años, contados desde la entrega efectiva (art. 39.2) (1084). Estos plazos no operan, si el vendedor conocía la falta de conformidad o no podía ignorarla (art. 40) (1085).

1082) Art. 39 CV: "1. El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto".

1083) Art. 44 CV: "No obstante lo dispuesto en el párrafo 1) del artículo 39 y en el párrafo 1) del artículo 43, el comprador podrá rebajar el precio conforme al artículo 50 o exigir la indemnización de los daños y perjuicios, excepto el lucro cesante, si puede aducir una excusa razonable por haber omitido la comunicación requerida".

1084) Art. 39.2 CV: "2) En todo caso, el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor en un plazo máximo de dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que ese plazo sea incompatible con un período de garantía contractual".

1085) Art. 40 CV: "El vendedor no podrá invocar las disposiciones de los artículos 38 y 39 si la falta de conformidad se refiere a hechos que conocía o no podía ignorar y que no haya revelado el comprador".

[231].- A diferencia de la LGDCU, la CV ha recibido expresas alabanzas por parte de la doctrina. Se le considera un modelo que ofrece una adecuada respuesta a los problemas que desencadena la entrega de una cosa con anomalías cualitativas. De aquí que, en ocasiones, se afirme la conveniencia de seguirlo en una futura y posible reforma de las reglas de la compraventa de tráfico interno.

En esta línea se sitúa Pantaleón, cuyas afirmaciones, aunque breves, son claras y contundentes. Dice: "Como bien demuestran los artículos 30, 35, 41 y 45 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional, conservar un concepto de incumplimiento que no incluya aquellas hipótesis [los vicios], y un régimen especial para ellas [los vicios], no responde a ninguna necesidad lógica, ni es, en mi opinión defendible de 'lege ferenda'" (1086). Un poco más abajo, añade: "Insisto en que lo único que me parece razonable de 'lege ferenda' es someter los supuestos de entrega al comprador (...) de cosa con vicios ocultos al régimen general del incumplimiento del contrato (...), y conservar la acción 'quanti minoris' como uno de los medios --no de carácter indemnizatorio, sino reinstaurador de la equivalencia de las prestaciones-- de tutela del acreedor frente al incumplimiento" (1087).

1086) PANTALEON, "El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)", ADC, (1991), p. 1050.

1087) PANTALEON, ADC, (1991), p. 1051. Desarrolla esta idea con carácter más amplio, puesto que no se refiere únicamente al contrato de compraventa, sino a la reforma de la responsabilidad contractual en general, en "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", (1993), trabajo inédito (destinado al "Congreso Internacional sobre la Reforma del Derecho Contractual y la Protección a los Consumidores", en Zaragoza, 15-18 de noviembre de 1993). Agradezco al autor, la posibilidad de ci-

En sentido parecido se pronuncia Alonso Ureba, que contrapone la CV, al Código de comercio. Este autor entiende, que en el problema de la entrega de una cosa con anomalías cualitativas, las respuestas, que los distintos ordenamientos dan, pueden sistemáticamente dividirse en tres diferentes "estadios". De entre ellos, el último en aparecer y más perfecto, es, precisamente, la CV, puesto que unifica supuestos de hecho (vicios e incumplimiento) y consecuencias jurídicas (acciones edilicias y generales de incumplimiento) (1088).

tarlo. Dice así: "La primera premisa de un Derecho del incumplimiento contractual congruente valorativamente y altamente eficiente es la previsión de una disciplina sustancialmente unitaria para toda desviación del programa contractual: de un conjunto de remedios o medios de tutela del acreedor sustancialmente común para los casos de imposibilidad de la prestación, sobrevenida u originaria, mora y cumplimiento defectuoso, incluyéndose en éste la evicción y las cargas o los vicios ocultos de la cosa vendida, los defectos de calidad o de cabida del inmueble vendido, y los llamados "vicios ruinógenos" en el contrato de obra. Ello requerirá modificaciones de bastante entidad en nuestro Código Civil; (...)" (pp. 3-4 del original; cfr. también la p. 11). El conjunto de remedios consiste en la "pretensión de cumplimiento" (reparación o sustitución del objeto y cualquier forma de corregir la prestación defectuosa), "remedios sinalagmáticos" (resolución, reducción del precio, 'exceptio non adimpleti contractus', resolución anticipada y excepción de riesgo del incumplimiento), "remedios indemnizatorios" (responsabilidad contractual en sentido estricto e indemnización de los gastos del contrato), y "pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado" (pp. 11-13 del original; de la 13 hasta el final, desarrolla cada uno de estos remedios). Entre los diferentes textos legales, a los que PANTALEON acude para comparar el modelo de responsabilidad contractual unitario que propugna, se encuentra la CV de 1980.

1088) Según ALONSO UREBA, quien entiende que el saneamiento por vicios ocultos del Código de comercio, al que se limita su trabajo, es consecuencia del incumplimiento del vendedor, por entregar cosa con vicios, los "estadios" son:

a) Un primer estadio lo representan el bloque latino de los Derechos español y francés. Es el más "tradicional" y más ligado al Derecho romano. En estos Derechos, el comprador cuenta con las acciones edilicias, además de con una posible acción de indemnización por daños y perjuicios, si el vendedor es de mala fe.

b) Un segundo estadio, más evolucionado que el anterior, dado que hay una aproximación entre el saneamiento por vicios ocultos y el "incumplimiento 'stricto sensu'" en sus supuestos

Pero estas opiniones no son exclusivas de nuestra doctrina, sino que las comparten otros autores, en relación a sus respectivos Ordenamientos. Así, en el Derecho francés, considera la CV un modelo a seguir, por ejemplo, Ghestin (1089).

de hecho y en las posibles acciones del comprador, corresponde a los Derechos alemán y suizo. En ambos, el comprador dispone de las acciones edilicias, de una acción de indemnización por daños y perjuicios, y si la compraventa es genérica, también cuenta con una acción de cumplimiento.

c) El tercer estadio --el más avanzado-- lo representan textos de carácter internacional: la Ley Uniforme sobre la venta internacional de bienes muebles de 1 de julio de 1964 y la Convención de Naciones Unidas, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980. Bajo la expresión "falta de conformidad" o "incumplimiento en sentido amplio" se unifican el saneamiento por vicios ocultos y el "incumplimiento en sentido estricto", tanto en los supuestos de hecho, como en las acciones. Así, ante una "no conformidad", el comprador cuenta con las acciones de cumplimiento, resolutoria, de indemnización por daños y perjuicios y estimatoria.

Estos tres estadios legislativos no deben verse desde una perspectiva cronológica, pues, todos coexisten. De entre ellos, ALONSO UREBA, como ya hemos dicho, considera más conveniente, hoy, al tercero.

Estas opiniones las hemos extraído de un trabajo que ALONSO UREBA presentó al concurso para una plaza de profesor titular en el área de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, del que no sabemos su fecha. Se titula "Entrega y saneamiento en la compraventa mercantil", véanse sus pp. 58-59, 62-63, 74-76, 109, 111-113, y 158; no obstante, esta idea de los tres estadios legislativos está presente a lo largo de la obra. Agradezco al autor, el poder citarlo.

1089) Ante las incertidumbres de la Casación francesa, a la hora de aplicar las acciones edilicias y las generales de incumplimiento (supra, nota n.º 616), GHESTIN afirma: "es permitido preguntarse si una reforma legislativa no debería intervenir oportunamente a fin de simplificar el Derecho existente. Esta simplificación debería realizarse, parece, por la fusión de sanciones fundadas sobre el Derecho común de contratos con la garantía por vicios ocultos" (n.º 226, p. 219). Un poco más abajo dice: "Es interesante a este respecto acudir a la Convención de Viena de 10 de abril de 1980, que bien pronto deberá ser aplicable en Francia para las ventas internacionales de mercaderías. Esta convención, en efecto, realiza una síntesis de la garantía por vicios ocultos y de las sanciones de la obligación de entrega" (n.º 227, p. 220). Y tras exponer los supuestos de no conformidad, según la CV de 1980, así como las consecuencias que desencadenan (n.º 228-244, pp. 220-228), concluye: "Finalmente, en el estado de ejecución del contrato, la Convención de Viena agrupa en una sola acción todas las sanciones civiles de la no conformidad actualmente ligadas en nuestro Derecho a una serie de acciones, en las cuales hemos

Y situándonos en el plano de las normas, necesariamente hemos de mencionar el nuevo Código civil holandés (CCH); en concreto, su Libro séptimo, que trata de los contratos en especial, Título primero, "De la venta y de la permuta". Según Hartkamp, la regulación del contrato de compraventa del CCH debe mucho a la Convención de la Haya de 1964, sobre una ley uniforme de la venta internacional de bienes muebles corporales (1090), y, a la Convención de Viena de 1980, sobre contratos de

visto la diversidad y las dificultades de frontera que existen. Está permitido pensar que de 'lege ferenda' es en este sentido que podría orientarse una reforma oportuna de la materia" [n.º 245, p. 228; "Conformite et garanties dans le vente. (Produits mobiliers)", (1983)]. Por otra parte, hemos de mencionar la existencia de un proyecto de ley francés, de marzo de 1988, hecho por un grupo de trabajo, presidido por Ghestin, cuyo fin es adaptar el Derecho francés a la Directiva de 25 de julio de 1985 (cfr. supra, nota n.º 1055), pero, que ha tenido un carácter más amplio, en cuanto que tiene en cuenta las disposiciones de la CV de 1980 [sobre el mismo, GHESTIN, "Une réforme souhaitable du Code civil: La sanction du défaut de conformité et de sécurité des produits (document provisoire)", en "Congreso Internacional sobre la Reforma del Derecho contractual y la Protección de los consumidores (Zaragoza, 15-18 de noviembre de 1993)", pp. 105-131; son interesantes las pp. 105-106].

1090) Demos rápida noticia, de que el 1 de julio de 1964 se aprobó, en La Haya, dos Leyes Uniformes sobre compraventa: Una es la mencionada en el texto (LUCI), y la otra, trata sobre la formación de los contratos de venta internacional de objetos muebles corporales (LUFICI) [sobre las mismas, un detenido comentario, en DÖLLE, "Kommentar zum Einheitlichen Kaufrechts", (1976)]. Abarcando menor contenido del que pueda deducirse del título de la obra, pues, aunque trata de las LUCI y LUFICI, lo hace escuetamente, sólo en ciertos aspectos, y comparándolas con las condiciones del COMECON y los contratos-tipos de la CEE, véase el conocido trabajo de BARRERA GRAF, "La reglamentación uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías", (1965). Destacando la progresiva complejidad y falta de coordinación del Derecho uniforme sobre la compraventa internacional, G. CONETTI, "Disciplina uniforme della compravendita internazionale", RTDPC, (1983), pp. 272-282.

Una serie de conocidas razones (la no participación de los antiguos Estados socialistas; tampoco la de los de en vía de desarrollo, etc) dieron lugar a que ambas Leyes de La Haya de 1964 tuvieran un escaso éxito. Fruto de la necesidad de contar con una Ley de amplia aceptación para un contrato tan cotidiano como es la compraventa internacional, la UNCITRAL promovió la elaboración de un nuevo texto sobre la compraventa, en el que

compraventa internacional de mercaderías (1091). En otras palabras, el nuevo CCH es un ejemplo de la trasposición de un sistema pensado para la compraventa de tráfico externo, a la compraventa de tráfico interno.

Según el art. 17 CCH, el vendedor ha de entregar una cosa conforme al contrato (17.1). No es conforme, si la cosa no po-

se subsanasen los defectos imputados a las anteriores Leyes de La Haya. El resultado es, precisamente, la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, en cuya elaboración se tuvo muy en cuenta a aquéllas [sobre el proceso de elaboración de la CV, puede consultarse el ya clásico trabajo de HONNOLD, "Documetary History of the Uniform Law for International Sales. (The studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations)", Philadelphia, PA, (1989); véase, también del mismo autor, "Uniform Law for International Sales. (Under the 1980 United Nations Convention)", (1987), pp. 47-56].

1091) En sus breves notas sobre la revisión del Código civil holandés, afirma: "El proyecto de este título [el de la compraventa] se inspira principalmente en la Convención de la Haya de 1964, sobre una ley uniforme sobre la venta internacional de objetos muebles corporales. Este cuadro ha sido mantenido, pero en el proyecto sometido al Parlamento han sido añadidos un cierto número de disposiciones en materia de venta a los consumidores" (p. XL). Y un poco más abajo: "El nuevo Código civil debe además mucho a las leyes uniformes, en particular a las Convenciones de la Haya (1964) y de Viena (1980) en materia de venta internacional, cuya influencia se hace sentir no sólo en el Derecho de la venta propiamente dicho, sino también en las secciones que tratan de la formación del contrato y de la inexecución de los contratos en el Derecho general de las obligaciones del Libro sexto" [p. XL; cfr. también la p. XXXIX; HARTKAMP, "La révision du Code civil aux Pays-Bas, 1947-1992", en "Nieuw nederlands burgerlijk wetboek. Het vermogensrechts", traducido por HAANAPPEL/MACKAAY, (1990); del mismo autor, en el mismo sentido, si bien refiriéndose sólo a las leyes uniformes sobre la compraventa internacional, fruto de las Convenciones de La Haya, en 1964, en "Vers un nouveau Code civil néerlandais", RIDC, (1982), pp. 332-333; el trabajo citado en primer lugar viene prácticamente a ser una reproducción con modificaciones de este segundo].

see las cualidades que el comprador podía esperar según el contrato. Estas cualidades pueden ser tanto las necesarias para el uso normal de la cosa, como las precisas para un uso especial, si el contrato así lo previó (17.3). Asimismo, la cosa no es conforme, si el vendedor entrega otra diferente a la convenida, o de género distinto. En el caso de que haya habido muestra o modelo, la cosa ha de ser conforme con ella (17.4) (1092).

Si la cosa entregada no es conforme al contrato, el comprador puede pedir la entrega de lo que falta (a); la reparación de la cosa, si el vendedor está en condiciones de poder realizarla (b); la sustitución de la cosa, salvo que la no conformidad sea sin importancia, o que la cosa se haya perdido o deteriorado por causa imputable al comprador (c) (art. 21.1 CCH) (1093). Estas acciones del art. 21 operan sin perjuicio de

1092) Art. 17 CCH: "1. La chose livrée doit être conforme au contrat. 2. Une chose n'est conforme au contrat si elle ne possède pas les propriétés auxquelles l'acheteur pouvait s'attendre en vertu du contrat. L'acheteur peut s'attendre à ce que la chose possède les propriétés qui sont nécessaires pour l'usage normal et dont il ne devait pas douter de la présence, de même que celles nécessaires pour un usage particulier prévu au contrat. 3. Une chose autre que convenue, ou une chose d'une espèce différent, n'est pas non plus conforme au contrat. Il en est de même si ce qui est livré s'écarte en nombre, en mesure ou en poids de ce qui a été convenu. 4. Lorsque l'acheteur s'est fait montrer ou remettre un échantillon ou modèle, la chose doit y être conforme, à moins que celui-ci n'ait été remis qu'à titre indicatif, sans que la chose dut s'y conformer. 5. (...)".

1093) Art. 21.1 CCH: "Lorsque ce qui est livré n'est pas conforme au contrat, l'acheteur peut demander: a. Livraison de ce qui manque; b. Réparation de la chose livrée, pourvu que le vendeur soit normalement en mesure d'y pourvoir; c. Remplacement de la chose livrée, à moins que l'écart par rapport à ce qui a été convenu soit trop peu important pour le justifier ou que la chose, après le moment où l'acheteur doit normalement tenir compte de l'anéantissement, soit perdue ou détériorée du fait qu'il n'a pris soin de sa conservation comme un bon débiteur".

Los números 2 y 3 del art. 21 tratan de las compras de consumo. Una de las características del nuevo CCH es, que también regula esta modalidad de compras.

otras acciones que el comprador pueda tener (art. 22 CCH) (1094), como, por ejemplo, la de indemnización de daños y perjuicios.

El comprador tiene que denunciar al vendedor la no conformidad en un plazo razonable, contado desde su descubrimiento, o desde el momento que habría debido descubrirlo. Además, las acciones por no conformidad prescriben a los dos años, contados desde los anteriores momentos. No obstante, el comprador puede oponer a la acción del pago del precio, su derecho de reducción por rescisión parcial de la venta, o reparación de daños (art. 23) (1095).

4. Breves conclusiones del Capítulo IV.

[232].- Las hemos ido adelantado a lo largo de la exposición. En nuestra opinión, aunque la CV y la LGDCU se inspiran en

1094) Art. 22 CCH: "Les droits énoncés aux articles 20 et 21 reviennent à l'acheteur, sans préjudice de tous autres droits et actions".

1095) Art. 23 CCH: "1. L'acheteur ne peut plus faire valoir que ce qui a été livré ne correspond pas au contrat, s'il n'en a pas avisé le vendeur dans un délai raisonnable après qu'il l'a découvert ou aurait du le découvrir. Toutefois, lorsque fait défaut une propriété que la chose possédait d'après le vendeur, ou que l'écart a trait à des faits qu'il connaissait ou devait connaître, mais n'a pas communiqués, l'avis doit avoir lieu dans un délai raisonnable après la découverte. 2. Les actions et les défenses fondées sur des faits qui tendent à justifier la thèse selon laquelle la chose livrée ne correspond pas au contrat se prescrivent par deux ans à compter de l'avis donné conformément au paragraphe 1er. L'acheteur conserve cependant le pouvoir d'opposer à une action en paiement du prix son droit à la réduction de celui-ci par résiliation partielle de la vente, ou à la réparation du dommage. 3. (...)"

principios claramente diferentes, consecuencia de su diferente ámbito aplicativo, comparten, el que ante la entrega de una cosa con anomalías, el comprador dispone de un amplio abanico de acciones con las que reaccionar. Se puede hablar tanto de un unificación de los supuestos de hecho por las anomalías cualitativas de la cosa, como de los remedios que desencadenan. Asimismo parece que hay una superación (y si no al menos una desconsideración) de la distinción entre compraventa específica y genérica. Adviértase que ambas leyes son textos relativamente recientes (1980 y 1984), y parecen responder a la necesidad sentida por la doctrina y la jurisprudencia de la transformación del sistema de responsabilidad contractual.

No obstante lo anterior, ciertamente, la CV se muestra más perfecta técnicamente que la LGDCU. La CV procede a la unificación de supuestos de hecho y consecuencias jurídicas, ofreciendo además un régimen común (articula los diferentes remedios, la exigencia de la denuncia, etc). En la LGDCU, es el intérprete, con los datos que la misma ofrece, el que puede llegar a identificar el supuesto de hecho, así como, a articular los posibles remedios del comprador, pero, el texto puede admitir opiniones divergentes.

CONCLUSIONES

Nos remitimos a las conclusiones expuestas al final de los Capítulos II, III y IV. No obstante, en síntesis, podemos reducir las a las siguientes.

Primera: Atendiendo a la determinación del objeto, las obligaciones se clasifican en genéricas y específicas, lo que desencadena la aplicación de un concreto régimen jurídico.

Segunda: La regulación general de las obligaciones del Código civil tiene por modelo a la obligación específica. A diferencia de otros tipos de obligaciones, el Código civil no dedica un específico apartado a las obligaciones genéricas. Sin embargo, a lo largo de su articulado se encuentran artículos que la contemplan, marcando diferencias con el régimen de la específica.

Tercera: El desarrollo concreto del régimen de la obligación genérica no es objeto de especial atención por la doctrina. Tampoco parece haberlo sido a lo largo de la Historia.

Cuarta: La clasificación compraventa específica y genérica es fruto de trasladar la de obligación específica y genérica, y desencadena un régimen jurídico diferente en distintos aspectos.

Quinta: Entre esos aspectos divergentes, según la mayoría de la doctrina civil está la respuesta al problema de las anomalías cualitativas de la cosa. En la compraventa genérica, en tanto no se haya especificado, el comprador dispone de las acciones generales de incumplimiento (cumplimiento, resolución e indemnización). En la compraventa específica y en la genérica ya especificada, el comprador cuenta, si la cosa adolece de un

vicio redhibitorio, con las acciones edilicias, y además, si el vendedor es de mala fe, con una indemnizatoria.

Sexta: Algunos autores consideran que en la compraventa genérica no se produce un cambio en el régimen a aplicar (de las acciones generales de incumplimiento a las edilicias), cuando se produce la especificación.

Séptima: El régimen de la compraventa específica (acciones edilicias) puede romperse si, presuponiendo que su fundamento está en un incumplimiento del vendedor, se admite la compatibilidad entre las acciones edilicias, como acciones especiales, y las generales del incumplimiento. Algunos autores así lo admiten, lo que se traduce en la superación de la clasificación compraventa específica y genérica.

Octava: No obstante, la mayoría de la doctrina civil no parece romper el distinto régimen de la compraventa específica y de la genérica. La concurrencia de las acciones edilicias se ve, sobre todo, con la del error vicio del art. 1266 CC, y no con las generales del incumplimiento, habiendo opiniones favorables tanto a la compatibilidad, cuanto a la aplicación de la regla de la ley especial deroga a la general. Por otro lado, es de destacar los múltiples fundamentos atribuidos a las acciones edilicias (incumplimiento, error, riesgo de la contratación, lesión en la cosa).

Novena: Pese a la generalizada no ruptura doctrinal del régimen de la compraventa específica y de la genérica, hay una progresiva tendencia favorable a la necesidad de una reforma en el problema de las anomalías cualitativas de la cosa.

Décima: El Tribunal Supremo admite la compatibilidad de las acciones edilicias con las generales (incumplimiento, error,

dolo), siempre que no haya entre ellas oposición. Esto permite superar la clasificación compraventa específica y genérica.

Undécima: El Tribunal Supremo afirma el incumplimiento por inhabilidad de la cosa y consiguiente insatisfacción del comprador, lo que desencadena la aplicación de las acciones generales de los arts. 1101 y 1124 CC. Este 'aliud pro alio' es diferente del supuesto de los vicios ocultos de la cosa, a los que son aplicables los arts. 1484 y ss CC. Sin embargo, por utilizar un criterio funcional en la definición de ambos conceptos, incumplimiento y vicios, de hecho el Tribunal Supremo no los diferencia. Indirectamente, ello supone también la superación de la distinción compraventa específica y genérica.

Duodécima: El Tribunal Supremo apenas presta atención al carácter específico o genérico de la obligación del vendedor.

Decimotercera: Suele decirse que la regulación del contrato de compraventa del CCO de 1829 contiene no sólo especialidades mercantiles, sino también normas más bien propias de un Código civil. Ello se explica por ser anterior al Código civil. Por otro lado, el CCO de 1885 se concibió como reforma del de 1829.

Decimocuarta: En torno a la década de los 80, ha sido objeto de especial atención doctrinal la conocida como compraventa de consumo empresarial, en cuanto a su calificación civil o mercantil. En líneas generales puede afirmarse que los mercantilistas, aunque difieren en los caminos seguidos, suelen defender el carácter mercantil, mientras que los civilistas, el civil. La jurisprudencia del Tribunal Supremo la califica mayoritariamente de civil

Decimoquinta: En la interpretación de los arts. 336 (vicios aparentes) y 342 CCO (vicios internos), la doctrina mercantil no suele tener presente el carácter específico o genérico de la compraventa. Su punto de atención se centra en la distinción de las nociones de vicio, defecto de calidad y 'aliud pro alio', en cuanto determinantes, bien de un distinto, bien de un idéntico régimen jurídico. En la Historia, por lo general, tampoco parece que llame la atención el carácter genérico o específico, en relación a las anomalías cualitativas de la cosa.

Decimosexta: El enjuiciamiento del caso desde las nociones de vicio, defecto de calidad y 'aliud pro alio', en teoría correcta, es de difícil aplicación práctica. Sobre todo, si se emplea un criterio funcional (la inutilidad de la cosa) como delimitador de unos y otros. La entrega de un cosa con vicios, o con defectos de calidad, o de un 'aliud pro alio' es, en principio, inútil a las expectativas del comprador. En el Derecho comparado, un ejemplo de lo que decimos es el Ordenamiento italiano. Además, en general, la doctrina no se muestra satisfecha con este enfoque.

Decimoséptima: Para estimar la reclamación del comprador por los vicios aparentes de la mercancía (art. 336 CC), el Tribunal Supremo ha sido constante en la exigencia de que instara el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC. En cuanto a las reclamaciones por los vicios internos de la mercancía (art. 342 CCO), si bien en alguna ocasión ha negado la necesidad del procedimiento de jurisdicción voluntaria, en general sí lo ha exigido. Esta exigencia procedimental se ha

traducido en que las pretensiones del comprador normalmente han sido rechazadas.

Decimooctava: El Tribunal Supremo aplica a la compraventa mercantil su doctrina del incumplimiento por inhabilidad total de la cosa y consiguiente insatisfacción del comprador, desencadenadora de la aplicación de los arts. 1101 y 1124 CC. Se reproducen, en consecuencia, los mismos problemas que cuando la aplica siendo la compraventa civil. Esto permite hablar de una superación de la distinción entre la compraventa específica y la genérica. Pero es más, es que con ello se supera el diferente régimen de la compraventa civil y de la mercantil.

Decimonovena: Tampoco siendo la compraventa mercantil, el Tribunal Supremo presta especial atención al carácter genérico o específico de la obligación del vendedor.

Vigésima: La interpretación del art. 11 LGDCU permite hablar, en el llamado Derecho del Consumo, de una superación de la distinción compraventa específica y genérica, y de una unificación de supuestos en los problemas de anomalías cualitativas y, en cierta medida, de sus consecuencias jurídicas. Para ello, hemos de tener en cuenta al art. 7 LGDCU que señala, que además se aplicará lo previsto en las normas civiles y mercantiles. No obstante, se trata de una tarea doctrinal.

Vigésimoprimera: La CV de 1980 unifica los problemas relativos a las anomalías cualitativas de las mercancías bajo la noción de no conformidad, y crea un sistema unitario de acciones en favor del comprador, lo cual considerado desde la perspectiva de nuestros Códigos civil y mercantil, equivale a la suma de los remedios generales del incumplimiento más las ac-

ciones edilicias. Se trata de un texto que ha merecido una valoración positiva.

CONCLUSION FINAL

Por todo lo dicho, parece correcto afirmar que nuestro Ordenamiento evoluciona, por diferentes cauces, hacia la configuración de un supuesto de hecho amplio y unitario, correspondiente a la idea de no conformidad, que engloba los diferentes supuestos en que se manifiesta el problema de las anomalías cualitativas de la cosa, y que teóricamente permite la aplicación indistinta de un amplio abanico de acciones, en el que se encuentran las edilicias, la del error vicio, la del dolo y las generales del incumplimiento. No obstante, la tendencia es a preferir la aplicación de las generales de incumplimiento, superando las limitaciones de plazo de las acciones especiales. En realidad, en la unificación de ese amplio supuesto de hecho quedan desdibujados los límites entre la compraventa específica y genérica, y hasta, en ciertos aspectos, puede producirse la unificación entre la compraventa civil y la mercantil.

REUNIDO EL TRIBUNAL QUE SUSCRIBE EN EL DIA DE
LA FECHA, ACORDO CALIFICAR LA PRESENTE TESIS
DOCTORAL CON LA CENSURA DE ~~APTO. CUM LAUDE~~

MADRID, 11 de febrero de 1994

W.R. ALVARO Dr. Calmeida

