

Delimitación del concepto de compraventa mercantil^(*)

SUMARIO: 1. *La necesaria revisión del concepto de compraventa mercantil.*—2. *El supuesto de hecho de la compraventa mercantil:* 2.1. El objeto.—2.2. Los sujetos.—3. *El problema de la mercantilidad de la reventa:* 3.1. La interpretación del Código de Comercio.—3.2. La interpretación de la Ley de ventas a plazos.—3.3. Los argumentos de la tesis mercantilista.—3.4. Tesis que se propone: 3.4.1. Supuestos de reventa.—3.4.2. Crítica de la interpretación mercantilista.—3.4.3. Consideración especial del llamado argumento de equidad.—3.4.4. Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.—*Apéndice: Evolución del concepto de compraventa mercantil en la legislación comparada:* 4.1. En relación con el objeto: 4.1.1. La compraventa mercantil como compraventa de mercaderías.—4.1.2. La compraventa mercantil como compraventa de cosas muebles.—4.1.3. La extensión de la compraventa mercantil a los bienes inmuebles.—4.2. En relación con los sujetos: 4.2.1. La configuración profesional de la compraventa mercantil.—4.2.2. La compraventa mercantil, definida como acto objetivo de comercio.—4.2.3. La extensión del concepto de compraventa mercantil a las compraventas mixtas.—4.2.4. La unificación del régimen de la compraventa.—5. *Conclusiones*

1. LA NECESARIA REVISIÓN DEL CONCEPTO DE COMPRAVENTA MERCANTIL

El concepto legal de compraventa mercantil resulta de integrar el concepto civil con las especialidades señaladas por el Código de Comercio. El artículo 1.445 del Código civil no define dogmáticamente el contrato, sino que de forma descriptiva establece que, en su virtud, «uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto (es decir, determinado o determinable) en dinero o signo que lo represente».

La doctrina ha considerado necesario, pues, dar un concepto doctri-

(*) Trabajo publicado en el Libro homenaje al profesor JOSÉ SANTACRUZ TEJERO, Universidad de Valencia, 1974.

nal, y siguiendo la concepción mayoritaria podemos definir la compraventa como «contrato consensual, bilateral, oneroso, en el que una parte se obliga a mantener en el uso y disfrute pacífico de una cosa a otra a cambio de un precio» (1). Admitiendo, con esta definición, que nada impide, de acuerdo con la naturaleza del contrato y el régimen de transmisión de la propiedad en nuestro Derecho, que el vendedor disponga mediante dicho contrato de cosa que aún no es de su propiedad. O sea, que nuestro ordenamiento recoge la concepción romana u obligacional de la compraventa, aunque quizá debiera postularse una reforma legislativa que determinara en este contrato efectos traslativos inmediatos derivados del consentimiento o, cuanto menos, que el vendedor está obligado a transmitir la propiedad y no simplemente la posesión pacífica (2).

(1) ENNECCERUS, L.: «Derecho de obligaciones», en el *Tratado de Derecho civil* de ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, tomo II, vol. 2.º, traducción y notas de PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Barcelona, 1935, págs. 21 y sigs.; CASTÁN, J.: *Derecho civil español, común y foral*, 9.ª ed., tomo IV, Madrid, 1969, págs. 60 y sigs.; PUIG PEÑA, J.: *Tratado de Derecho civil español*, 2.ª ed., Pamplona, 1972, tomo II, páginas 556 y sigs.; GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, pág. 15; ALBALADEJO: «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», *RGLJ*, abril 1947, y en *Estudios de Derecho civil*, Barcelona, 1955, págs. 141 y sigs.; ESPÍN, D.: *Manual de Derecho civil español*, 3.ª ed., Madrid, 1970, vol. III, págs. 476 y siguientes.

Ello no obstante, desde DE BUEN la doctrina civilista insiste en la finalidad que ha de presidir el contrato, que es la de transmitir la propiedad (véase PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *ob. cit.*, pág. 43; CASTÁN, *ob. cit.*, págs. 64-65, donde destaca esta tendencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo; PUIG PEÑA, *ob. cit.*, página 563; MORENO MOCHOLI: «¿Es esencial a la compraventa la obligación de transmitir el dominio», *RCDI*, 1945, págs. 377 y sigs.).

Un importante sector de la doctrina mercantilista española ha insistido en que, a pesar de la expresión del Código civil, lo esencial a la compraventa es la transmisión de la propiedad: BENITO y ENDARA: *Manual de Derecho mercantil*, 3.ª ed., Madrid, 1924, tomo II, págs. 283-284; GAY DE MONTELLÁ, R.: *Código de Comercio español comentado*, tomo III, vol. 1.º, Barcelona, 1936, págs. 149 y sigs.

(2) ROCA SASTRE, R.: «La venta de cosa ajena», en *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, Madrid, 1948, págs. 363 y sigs.; VALLET DE Goytisolo, J.: «Comentario a la Sentencia de 4 de enero de 1965», *RCDI*, 1965, páginas 1259 y sigs.; ALBALADEJO, *ob. cit.*, págs. 141 y sigs.; GULLÓN BALLESTEROS, *ob. cit.*, págs. 24-25; ESPÍN, *ob. cit.*, págs. 480-482.

En la doctrina mercantilista, véase especialmente LANGLE, E.: *El contrato de compraventa mercantil*, Barcelona, 1958, págs. 144 y sigs.; GARRIGUES, J.: *Tratado de Derecho mercantil*, tomo II, págs. 250-251.

Aunque, a diferencia del Código de Comercio italiano de 1882 y de otros (véase apartado 4), no existe un reconocimiento expreso de la validez del contrato de compraventa de cosa ajena, al menos en relación con las ventas bursátiles, no se exige la propiedad de los valores más que si la operación es al contado (art. 61 del Reglamento de Bolsas de 30 de junio de 1967).

La doctrina del Tribunal Supremo en el problema ha sido oscilante. En contra de la validez de la venta de cosa ajena se han pronunciado las Sentencias de 11 de abril de 1942, 26 de junio de 1924, 19 de diciembre de 1946 y 1 de mayo de 1948.

El concepto de compraventa mercantil coincide con el antes apuntado, pero es aplicable tan sólo a un ámbito limitado de supuestos de la vida real, que son los únicos cuya adecuada regulación exige la normativa especial contenida en el Código de Comercio. Sin embargo, la delimitación del «supuesto de hecho» (*Tatbestand* de la teoría jurídica alemana) no ha sido hecha por el Código con la debida claridad. Esta delimitación, por otro lado, no ha sido suficientemente estudiada por la doctrina mercantilista, en tanto que la civilista se ha limitado a hacer meras alusiones a la primera sin ningún afán crítico.

La compraventa mercantil, tal como se configura y nace históricamente, viene determinada por un doble dato de la realidad que intenta regular. En primer lugar, se aplica tan sólo a la compraventa de mercaderías; en segundo lugar, se aplica a las compraventas en que tanto el comprador como el vendedor son comerciantes. Pero el Código de Comercio vigente, siguiendo al de 1829, no ha expresado estos dos criterios de delimitación de esta manera franca y taxativa, sino que, llevado de una concepción generalizadora del Derecho mercantil a todos los «actos objetivos de comercio», dejó abierta la puerta, conscientemente, tanto en este caso como con carácter general en el artículo 2 del mismo, a la extensión a otros supuestos distintos de los expresamente contemplados, mediante la analogía. Se abandonaba así la delimitación tradicional de la compraventa mercantil como contrato profesional entre comerciantes y sobre mercaderías, que contenían las Ordenanzas de Bilbao en su capítulo XI. Ello no obstante, una atenta consideración de la realidad social a cuya regulación está destinada la compraventa mercantil y una exégesis adecuada de su régimen legal, nos ha de llevar a la conclusión de que, a pesar de la concepción objetivista del Código, en realidad, la compraventa mercantil debe aplicarse sólo a contratos entre comerciantes (3) y sobre mercaderías. Pero es necesario atenerse al concepto legal definido en el Código de Comercio.

Lo que resulta evidente, sin embargo, es que nos encontramos con una normativa especial que no delimita rigurosamente la materia y, en consecuencia, deja en la oscuridad el mismo criterio que justifica su especialidad. Pero no es el momento de volver sobre el tema de la crítica a la concepción objetiva de los actos de comercio, de la que se ha ocupado nuestra mejor doctrina (4).

A favor de su validez, las Resoluciones de la DGRN de 6 de diciembre de 1898 y de 2 de septiembre de 1902, y las Sentencias de 31 de enero de 1921, 1 de marzo de 1949, 27 de mayo de 1957 y 5 de julio de 1958.

(3) En este sentido, BROSETA: *Manual de Derecho mercantil*, 1971, pág. 332.

(4) GARRIGUES, J.: *Tratado*, cit., tomo I, vol. 1.º, págs. 189 y sigs., y *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, 6.ª ed., por A. BERCOVITZ, págs. 12 y sigs. y 141

Con el fin de fijar con toda claridad los términos de la polémica, quizá sea oportuno transcribir ahora los artículos que definen la compraventa mercantil en el Código de 1829 y en el Código de 1885, que es el actualmente vigente:

Código de 1829:

Artículo 359. «Pertenece a la clase de mercantiles:

Las compras que se hacen de cosas muebles con ánimo de adquirir sobre ellas algún lucro revendiéndolas, bien sea en la misma forma que se compraron o en otra diferente, y las reventas de estas mismas cosas.»

Artículo 360. «No se considerarán mercantiles:

Las compras de bienes raíces y efectos accesorios a éstos, aunque sean muebles.

Los objetos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se haga la adquisición.

Las ventas que hagan los labradores y ganaderos de los frutos de sus cosechas y ganados.

Las que hagan los propietarios y cualquiera clase de personas de los frutos o efectos que perciban por razón de venta, dotación, salario, emolumento u otro cualquier título remunerativo o gratuito.

Y, finalmente, la reventa que haga cualquier persona que no profese habitualmente el comercio del residuo de los acopios que hizo para su propio consumo. Siendo mayor cantidad la que estos tales ponen en venta que la que hayan consumido, se presume que obraron en la compra con ánimo de vender, y se reputarán mercantiles la compra y la venta.»

Código de 1885:

Artículo 325. «Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la forma que se compraron o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa.»

Artículo 326. «No se reputarán mercantiles:

1.º Las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de las personas por cuyo encargo se adquieren.

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

3.º Las ventas que de los objetos contruidos o fabricados por los artesanos hicieren éstos en sus talleres.

4.º La reventa que haga cualquier persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo.»

2. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA COMPRAVENTA MERCANTIL

2.1. EL OBJETO

Con respecto al objeto de la compraventa mercantil, el artículo 325 del Código de Comercio establece que ha de referirse a «cosas muebles», concepto más técnico y preciso que el de «mercadería» (5), pero que en el extremo podría resultar criticable: pensemos, por ejemplo, en la compraventa de determinadas cosas muebles especialmente cualificadas, como pueda ser el buque, delicada maquinaria, y otras a las que la aplicación del régimen especial puede resultar inadecuada, sobre todo en lo que se refiere al régimen de denuncia de los vicios ocultos o internos para ejercitar las acciones de saneamiento.

Pero es que, además, a diferencia del Código de Comercio de 1829, la Exposición de Motivos del vigente admite expresamente la mercantilidad de la compraventa de inmuebles si se verifica con ánimo de lucro (6),

(5) Sobre el concepto de «mercadería» en la doctrina mercantil tradicional, véase GARRIGUES, *Tratado*, tomo I, vol. I.º, págs. 241 y ss., y *Curso*, cit., páginas 176 y sigs., quien destaca sus notas esenciales: la corporalidad, la condición de muebles, la aptitud para el tráfico, el valor patrimonial y su pertenencia a la circulación mercantil. Los Códigos de Comercio italianos de 1865 y 1882 (véase su art. 3.º) no se referían a «cosas muebles», sino más descriptivamente a géneros, mercaderías, obligaciones del Estado y otros títulos de crédito (e incluso inmuebles).

(6) Dice la Exposición de Motivos: «Si bien la simple compra de bienes raíces no constituye un acto mercantil, podrá adquirir semejante carácter cuando vaya unida a otra especulación sobre efectos muebles corporales o incorporeales.»

Estas afirmaciones de la E. de M. resultan difíciles de comprender si se tiene en cuenta que el Congreso no modificó en este punto el Anteproyecto de 1882, cuyo artículo 327 se refería a «bienes muebles», al igual que lo hiciera ya el artículo 359 del Código de Comercio de 1829. Probablemente, el redactor de la Exposición de Motivos quiso adelantarse al futuro, operando una «extensión» de la compraventa mercantil a los inmuebles que el texto normativo no establece expresamente.

En Derecho comparado, los Códigos de Comercio francés de 1807 e italiano de 1865 silenciaban toda referencia a los inmuebles, lo que determinó una gran discusión doctrinal. Por el contrario, el Código de Comercio italiano de 1882, en su artículo 3.º, apartado 3.º, reputaba mercantiles «las compras y reventas de bienes inmuebles cuando sean realizadas con fin de especulación comercial» (véase su comentario en VIDARI: *Il nuovo Codice di commercio*, Milano, 1884, pág. 4).

En la doctrina mercantilista se produce una evolución, desde una actitud de mera aceptación del precepto que excluye la mercantilidad de la venta de inmuebles, hasta la abierta censura y la defensa de su admisión como venta mercantil. Así, en relación con el Código de 1829, BACARDÍ, A. (*Tratado de Derecho mercantil de España*, Barcelona, 1840, tomo I, pág. 8); GONZÁLEZ HUEBIA, P. (*Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1853, 1.ª ed., tomo I, pág. 206, y 3.ª ed., 1867,

y el artículo 326 no incluye la excepción expresa de los bienes inmuebles que hacía el artículo 360, 1.º, del Código de 1829. De esta manera, a pesar de la referencia a los bienes muebles del artículo 325, y en base al criterio de analogía del artículo 2, antes referido, la doctrina mercantilista considera mercantil la compraventa de establecimientos mercantiles (7), y admite la posibilidad de calificar como compraventa mercantil la de

página 241, nota 1); MARTÍ DE EIXALA, R. (*Instituciones de Derecho mercantil de España*, 3.ª ed., Barcelona, 1859, págs. 67 y 117, al igual que en sus ediciones 6.ª de 1870 y 7.ª de 1875, págs. 124 y sigs.), admiten como razonable la exclusión de los inmuebles. Por el contrario, censuran el criterio del legislador de excluir expresamente los inmuebles, GÓMEZ DE LA SERNA, P., y REUS Y GARCÍA, J. (*Código de Comercio*, 7.ª ed., Madrid, 1878, pág. 164), quienes invocan las observaciones de los autores de la *Enciclopedia española de Derecho y Administración*.

En relación con el vigente Código es minoritaria la doctrina que sigue considerando excluidos los inmuebles de la compraventa mercantil. En este sentido, ALVAREZ DEL MANZANO, F.; BONILLA, A., y MIÑANA, E. (*Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, tomo II, Madrid, 1916, pág. 19), quienes afirman que, aun reconociendo el buen ánimo de la Comisión redactora del Proyecto, «lo cierto es que hasta ahora, en el orden práctico, no se ha resuelto en nuestra Patria el tan debatido problema de la comercialidad de los inmuebles, pudiendo afirmarse que toda tentativa en este sentido tendría en contra la terminante disposición del artículo 325».

Por el contrario, la mayoría de los autores, fundándose en la supresión de la expresa exclusión, en la E. de M. y en la analogía, defienden la solución contraria. ESTASEN, P. (*Instituciones de Derecho mercantil*, tomo III, Madrid, 1892, páginas 211-212); DÍAZ DOMÍNGUEZ, A. (*Tratado elemental de Derecho mercantil*, tomo II, Granada, 1908, pág. 167); RODRÍGUEZ ALTUNAGA, R. (*Derecho mercantil*, Madrid, 1917, págs. 19 y sigs.); ESPEJO DE HINOJOSA, R. (*Tratado teórico y práctico de Derecho mercantil*, 4.ª ed., tomo I, Valencia, 1922, pág. 376); BENITO Y ENDARA, L., que defiende con multitud de argumentos esta tesis en diversas obras (*Manual de Derecho mercantil*, tomo I, Madrid, 1924, págs. 604 y sigs.; «Compraventa mercantil», en *Enciclopedia Jurídica Española*, Barcelona, tomo VII, páginas 709-710, y *Las bases del Derecho mercantil*, Barcelona, 1903, pág. 66, nota 2); GONZÁLEZ DE ECHAVARRI, J. M. (*Comentarios al Código de Comercio*, tomo III, Valladolid, 1930, págs. 231 y 251).

Más recientemente defienden la mercantilidad de la compraventa de inmuebles GARRIGUES (*Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1940, II, pág. 134 y posteriores ediciones, y *Tratado*, cit., tomo III, pág. 246), LANGLE (*ob. cit.*, pág. 21) y URÍA (*ob. cit.*, pág. 477).

La admisión expresa de la mercantilidad de las compraventas especulativas de inmuebles se produce en el Código civil italiano de 1882 y es recogida por el Código de Méjico de 1887 (art. 76) y de Portugal de 1888 (art. 463-4.º).

Sobre la evolución doctrinal a través de la jurisprudencia francesa es interesante el trabajo de FROSSARD, J. («L'immeuble et le droit commercial», *Rev. trim. dr. comm.*, 1966, págs. 535 y sigs.).

(7) Toda la doctrina califica de mercantil la venta de establecimiento o empresa: LANGLE: *El contrato de compraventa mercantil*, cit., págs. 149 y sigs.; GARRIGUES: *Tratado*, cit., tomo I, núm. 130, y *Curso*, tomo II, 5.ª ed. por R. JIMÉNEZ DE PARGA, págs. 93-94; VICENTE Y GELLA, A.: *Derecho mercantil comparado*, 2.ª ed., Zaragoza, 1960, págs. 455 y sigs.; URÍA, R.: *Derecho mercantil*, 8.ª ed., 1972, pág. 491; BROSETA: *Manual*, cit., págs. 88 y sigs., y sobre todo en «La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamiento», *RDM*, 1968, núm. 107, página 81; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho mercantil*, 3.ª ed., Valladolid, 1973, págs. 97 y sigs.

bienes raíces realizada por inmobiliarias (8). A pesar de esta opinión, bastante generalizada, es necesario advertir, como hacen los profesores GIRÓN TENA, BROSETA y SÁNCHEZ CALERO, la difícil aplicación y evidente inadecuación a la venta de inmuebles de muchas de las normas del Código de Comercio, dictadas, sin lugar a dudas, pensando en la venta de mercancías: por ejemplo, las referentes a gastos de transporte, puesta a disposición, régimen de saneamiento y otras (9).

La doctrina mercantilista, para apoyar la calificación mercantil de la compraventa de empresa o establecimiento, invoca las sentencias de 12 de diciembre de 1881, 11 de noviembre de 1927, 10 de febrero de 1936, 4 de abril de 1941 y 13 de marzo de 1943 (10). Pero, como vamos a ver, es difícil sostener que dichas sentencias establezcan jurisprudencia en tal sentido.

La sentencia de 12 de diciembre de 1881 enjuicia el siguiente supuesto: don Saturnino Ruiz vendió «o traspasó» a los consortes don Demetrio Alvarez y doña Nicolasa Vida, ésta menor de edad, el establecimiento mercantil «La Moda Elegante», de la calle La Estafeta, de Pamplona, constituyendo en depósito de garantía todos los géneros, muebles y demás efectos transmitidos. Incumplidos algunos plazos del precio, reclama conjuntamente contra ambos cónyuges. La recurrente alegó que, en base

(8) URÍA: *Derecho mercantil*, cit., pág. 477: «Supuesto típico de tráfico mercantil sobre inmuebles es el de las empresas dedicadas a la compra de terrenos para urbanizarlos, dividirlos y revenderlos en parcelas.»

(9) En este sentido, sobre todo, BROSETA (*ob. cit.*, pág. 328), que advierte que «serán de difícil aplicación la mayor parte de las reglas del Código dictadas sin duda para la compra de bienes muebles», y SÁNCHEZ CALERO (*ob. cit.*, página 377) estima que caso de ser calificados de mercantiles, «habríamos de acudir al Código civil para su regulación»; GIRÓN TENA, J.: «El concepto del Derecho mercantil», *ADC*, 1954, separata, pág. 142, en general, rechaza la mercantilidad de los inmuebles.

(10) Citan estas Sentencias especialmente GARRIGUES (*Tratado*, cit., pág. 332) y LANGLE (*ob. cit.*, pág. 151). La consulta de todas ellas no es posible en la Colección Legislativa, por lo que hemos tenido que recurrir a otras fuentes.

Sentencia de 12 de diciembre de 1881, Col. Leg., Jur. Civil, tomo 47, núm. 500, páginas 708 y sigs. Recurso interpuesto por doña Nicolasa Vida contra Sentencia de la Audiencia de Pamplona en pleito con don Saturnino Ruiz.

Sentencia de 11 de noviembre de 1927, Col. Leg., Jur. Civil, tomo 178, 1927-6, número 62, pág. 268. Recurso interpuesto por don Manuel del Valle contra Sentencia de la Audiencia de Oviedo en juicio con la Sociedad mercantil Masaven y Compañía.

Sentencia de 10 de febrero de 1936, Rep., Aranzadi, 336, págs. 182 y sigs. (no publicada en la Col. Leg.).

Sentencia de 4 de abril de 1941, nota de BONET RAMÓN, F., en *RDP*, 1941, páginas 314-316 (no figura publicada ni en la Col. Legislativa ni en el Repertorio de Aranzadi).

Sentencia de 13 de marzo de 1943, Col. Leg., Jur. Civil, 1943-2, núm. 11, páginas 87 y sigs. Recurso interpuesto por don Ricardo Rodríguez Tarno contra Sentencia de la Audiencia de Burgos en juicio con don Francisco Mauri Gómez sobre desahucio.

a las Leyes de Partidas y de Toro, no podía quedar obligado un menor de veinticinco años, y ejercitaba tercería de dominio contra los bienes embargados, en base a la escritura de constitución de dote y a la hipoteca legal que pesa sobre todos los bienes del marido en garantía de la restitución de la dote.

El Juez de Primera Instancia admite la tercería, pero la Audiencia la rechaza. Doña Nicolasa invoca la infracción de las Leyes de Partidas y de Toro y de los artículos 3, 5 y 359 del Código de Comercio «por aplicados indebidamente al caso que se ventilaba en el pleito, *pues no pudiendo ser considerado mercantil* ni como acto accidental de comercio la otorgación de la referida escritura (de venta), en cuanto se refiere a la menor recurrente, nunca debieron aplicarse aquellas disposiciones, y son las únicas en que se funda el fallo recurrido».

El Tribunal Supremo rechaza el recurso por no haberse ejercitado la restitución *in integrum* por la menor y por no ser de aplicación la Ley de Toro (que declara a la mujer casada libre de todo compromiso cuando se obliga mancomunadamente con su marido), por tratarse de una compraventa mercantil, a la que se aplica el Código de Comercio. En el tercer considerando afirma que «debe ser considerada como compraventa mercantil la cesión o traspaso que del establecimiento de comercio..., resultando, además, que éstos desde entonces se dedicaron al ejercicio habitual del comercio..., por lo cual, no obstante su falta de inscripción en la matrícula, deben ser tratados en juicio, para los efectos de aquel contrato, por las prescripciones de dicho Código, conforme al artículo 1 del mismo, reformado por la Ley de 30 de julio de 1878». Considerando, por último, «que las escrituras dotalas entre consortes que profesen el comercio de que no se haya tomado razón en el Registro general de la provincia, en cuyo caso se halla la recurrente..., son ineficaces para obtener la prelación del crédito dotal en concurrencia de otros acreedores de grado inferior, según la prescripción terminante del artículo 27 del Código citado», y que por ello no puede rechazarse el embargo del señor Ruiz «bajo el supuesto inexacto e inadmisibles de no ser mercantil el crédito objeto de la ejecución».

En definitiva, parece que el Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina: a) Que tanto el marido como la mujer han de ser considerados comerciantes, aunque no se hallan inscritos en el Registro Mercantil, puesto que, según el artículo 5 del Código de Comercio, «también puede ejercer el comercio la mujer casada mayor de veinte años que tenga para ello autorización expresa de su marido dada en escritura pública...», y en tal caso «están obligados a las resultas del tráfico los bienes dotalas de la mercadería...». b) Que las escrituras dotalas no inscritas no son

oponibles frente a terceros. c) *Que el crédito ejercitado por el señor Ruiz ha de considerarse perteneciente a las «resultas del tráfico», y en este sentido, sólo en este sentido, se ve obligado el Tribunal Supremo a defender la «mercantilidad» de la compraventa del establecimiento, y no para aplicar el régimen de la compraventa del Código de Comercio, cuestión que no se plantea en la «litis».*

En la sentencia de 21 de noviembre de 1927 la litis gira en torno a si el contrato estipulado entre el recurrente y la sociedad es un verdadero contrato de venta de empresa, o bien una simple promesa de cesión que tenía por causa la simple garantía de restitución de determinados préstamos recibidos por el señor Valle con la sociedad para la explotación del Hotel París, objeto de la estipulación.

En ningún momento la sentencia se plantea el problema de la calificación civil o mercantil del contrato.

En la sentencia de 10 de febrero de 1936, el litigio versa sobre la interpretación de un contrato de permuta de dos molinos con sus posesiones y una central eléctrica, situada en Zuacorta, con todo lo integrante de la concesión, a cambio de un hotel. Como el título de la concesión eléctrica no lo inscribió en el Registro de Aguas, es demandado por daños y perjuicios. El Tribunal Supremo rechaza la pretensión de nulidad de la sentencia de la Audiencia al no acreditarse el error de hecho en que ésta hubiese incurrido por no imponer esta obligación de inscripción.

Como se ve, no puede invocarse la sentencia para calificar la compraventa de mercantil, pues ni siquiera se suscita la aplicación de ningún precepto del Código de Comercio.

En la sentencia de 4 de abril de 1941, el objeto de la litis era el siguiente: Un capitalista adquiere la fábrica «La Walkiria», con la estipulación de admitir como socio industrial al vendedor por espacio de ocho años con determinada asignación. Sin el consentimiento ni intervención de éste procede a la venta de la fábrica, por lo que es denunciado por daños y perjuicios. En Primera Instancia se admite la demanda, pero la Audiencia revoca la sentencia. El Tribunal Supremo casa esta sentencia y da lugar a la demanda.

En ningún momento se enjuicia si la venta primitiva o la que da lugar a la reclamación son o no de naturaleza mercantil.

En la importante sentencia de 13 de marzo de 1943, en relación con el arrendamiento del café-bar «El Diluvio», de Santander, se define el arrendamiento de empresa: «La cesión hecha por su propietario del uso por precio cierto y tiempo preestablecido de una empresa mercantil que, descartadas otras teorías que tratan de confirmar la naturaleza jurídica de la misma, se muestra cada vez más como una organización de

actividades, de bienes y de relaciones de muy variada condición, que, en su conjunto, es susceptible de ser objeto de tráfico jurídico..., *puede ser rectamente calificada de arrendamiento de una empresa, asentada en un inmueble de ajena propiedad que constituye su base física...*» (considerandos segundo y tercero).

Evidentemente, no puede invocarse esta sentencia para la calificación mercantil de la venta de una empresa o establecimiento, no sólo por tratarse de la cesión del «uso temporal por precio cierto y tiempo previamente establecido..., sin ánimo de enajenarla definitivamente...», sino porque, además, ni siquiera se plantea en toda la sentencia la posibilidad de calificar este arrendamiento como contrato mercantil.

Debemos concluir, por tanto, que la compraventa de empresa es un contrato civil, al igual que el arrendamiento, el usufructo y otros negocios sobre la empresa. La inclusión de su estudio en el Derecho mercantil se hace por razón de la materia y no por la especialidad de las normas aplicables, al igual que ocurre con todo el Derecho Industrial y de la Competencia.

Nuestra tesis, contraria a la aplicación del Código de Comercio a la compraventa de inmuebles, se refuerza si tenemos en cuenta que, según se desprende con toda claridad de la Exposición de Motivos del Código, los brevísimos plazos para la reclamación por vicios de la cosa vendida (arts. 336 y 342) se concebían como plazos de prescripción, es decir, plazos para el ejercicio de la acción judicial y no para la denuncia, extrajudicial o no, de tales vicios (11). A pesar de ello, el Tribunal Supremo desde hace mucho tiempo ha venido interpretando tales plazos como simples plazos de caducidad de la acción, si no se realiza la oportuna denuncia de los vicios, tanto en forma judicial como extrajudicial (11 bis).

(11) «Son igualmente importantes las reformas introducidas en la duración de las acciones que se conceden al comprador para establecer la oportuna reclamación judicial, en el caso de que vicios o defectos de cantidad o de calidad en las mercancías, cuyos plazos se reducen considerablemente, con el objeto de dar seguridad y firmeza a las transacciones mercantiles». Es decir, el propósito del nuevo Código parece que era reducir el plazo de prescripción (o de caducidad) de la acción de sancionamiento de vicios ocultos que el Código de 1829 en su artículo 371 fijaba en seis meses.

Sobre el tema en el sentido que apuntamos, SÁNCHEZ CALERO, F.: «Los vicios ocultos y el ejercicio de las acciones que de ellos derivan en la compraventa mercantil», *RDM*, 1956, núm. 60, págs. 447 y sigs.; Díez-Picazo, L.: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, 1966, tomo II, pág. 531, comentando la Sentencia de 16 de diciembre de 1955, que aplica el plazo de prescripción del artículo 1.490 del Código civil.

(11 bis) En el sentido de plazo de prescripción, Sentencias de 6 de julio de 1915, 27 de mayo de 1926, 15 de julio de 1926, 3 de febrero de 1928, 9 de marzo de 1948 y 24 de abril de 1958.

Por el contrario, en el sentido de simple plazo de caducidad, dentro del cual

En nuestra opinión, esta interpretación modificativa de la voluntad del legislador no hubiera sido necesaria si desde el primer momento se hubiese comprendido con toda claridad que la compraventa mercantil es una compraventa de mercaderías estipulada y cumplida entre comerciantes. Ello no obstante, la solución jurisprudencial ha parecido más justa, pues sería éste el único contrato en el cual el Código impone al reclamante un plazo brevísimo para ejercitar la acción.

Podemos concluir, por todo lo expuesto, que la regulación especial del Código de Comercio debe aplicarse sólo a la compraventa de bienes muebles, y no puede ni debe extenderse a la de inmuebles ni de establecimientos mercantiles. El Código de Comercio, al igual que otros de la legislación comparada, se refiere a «cosas muebles» y no a mercaderías (art. 325). Con ello se produce una extensión del régimen especial de la compraventa mercantil a supuestos de compraventa de bienes muebles, para la que en muchos puntos no parece adecuado.

Desde un punto de vista económico, de acuerdo con el propio artículo 325, las cosas muebles objeto de compraventa mercantil, en atención al destino para el que se adquieren, pueden diferenciarse en dos grupos: a) mercaderías o cosas muebles, específicas o genéricas, que se adquieren para su reventa sin transformación industrial; b) materias primas que adquieren los industriales para su reelaboración, transformación o «especificación» en sentido jurídico clásico.

Por el contrario, no son susceptibles de constituir objeto de la compraventa mercantil las cosas no destinadas a la reventa con o sin transformación (es decir, cosas que no son «mercaderías»). En este capítulo de cosas muebles excluidas de la compraventa mercantil pueden distinguirse también dos grupos: a) cosas muebles, consumibles o no consumibles, destinadas al uso o consumo del comprador; b) bienes muebles de equipo destinados a ser utilizados o instalados en la organización empresarial del adquirente. A estas dos categorías de bienes muebles, siempre que cumplan el requisito de ser corporales y duraderos, se refiere la Ley de Ventas a Plazos de 17 de julio de 1965, a la que nos referiremos en diversos puntos de este trabajo.

2.2. LOS SUJETOS

Con respecto al otro dato para la delimitación de la compraventa mercantil, el Código es aún más oscuro.

Con respecto al comprador, no exige la cualidad de comerciante, sino

debe realizarse la denuncia de los vicios, aunque sea extrajudicialmente. Sentencias de 9 de marzo de 1948, 2 de diciembre de 1954, 3 de enero de 1957 y 6 de abril de 1967.

que exige en él el doble requisito subjetivo o intencional de comprar la cosa para revenderla, en el mismo estado o transformada, y de hacerlo con el fin de obtener un lucro. La concepción objetivista del Código de Comercio en este punto hace que pueda calificarse de mercantil una compraventa aislada, siempre que se demuestre que el comprador posee aquel ánimo y concurren los demás requisitos (12), es decir, naturaleza mueble de la cosa y características, que luego veremos, respecto del vendedor. Una vez más, habría que repetir aquí los argumentos de la doctrina, en el sentido de que es absurdo someter a un régimen especial un contrato estipulado entre personas no profesionales y, sobre todo, la dificultad para establecer en el momento de la perfección del contrato aquel doble ánimo que debe presidir la actuación del comprador (13). Naturalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido a establecer la fundada presunción del ánimo de revender con lucro cuando el comprador es un profesional dedicado a la compra y venta (14).

Con respecto al vendedor, el Código de Comercio, en su artículo 326, sigue un criterio distinto, fijándose directamente en su profesionalidad. Pero en lugar de decir francamente que para que la compraventa sea mercantil, el vendedor ha de ser necesariamente comerciante, el Código sigue una censurable técnica de exclusiones, sin que pueda saberse con certeza cuál es el ámbito de personas no expresamente excluidas cuyas ventas serían mercantiles, siempre que el comprador tuviese intención de revender con lucro. Pero por poco que reflexionemos sobre las exclusiones del artículo 326, habremos de concluir que el resultado es el mismo, es decir, que las únicas personas no excluidas son los comerciantes e industriales.

En efecto, los apartados segundo y tercero excluyen las ventas que

(12) La jurisprudencia ha insistido ya desde la interpretación del Código de 1829 en la exigencia de este doble requisito intencional: Sentencias de 7 de octubre de 1858, que establece que no es mercantil la compra de un molino si no había intención de revenderlo a otros; de 5 de agosto de 1857, según la cual es mercantil la compra de aceite para fabricar jabón y vender éste después; de 20 de septiembre de 1862, que califica como tal la compra de traviesas para venderlas al constructor de un ferrocarril, etc.; la de 3 de junio de 1898, que destaca que será mercantil si el comprador tenía intención de revender para lucrarse en la reventa, aunque de hecho consumiera parte de los productos adquiridos; de 2 de febrero de 1908; de 31 de octubre de 1946, y otras.

(13) GARRIGUES: *Tratado*, tomo III, vol. 1.º, pág. 235, donde denuncia la confusión del sistema establecido por los artículos 325 y 326, al sustituir la «compra profesional» por la «compra de especulación». BROSETA: *Manual*, cit., págs. 331-332.

(14) Así, en la Sentencia de 12 de abril de 1926, que establece que «tratándose de una serie de compraventas de género por su índole y haberlas adquirido un industrial, no podrían tener otro objeto que su reventa»; y en la de 14 de abril de 1958: «Hay que reputar mercantil esta compraventa, además de por ser industriales los contratantes, por las grandes cantidades entregadas en corto plazo.»

hicieren los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas y ganados o de las especies en que se les paguen las rentas, y las que hicieren los artesanos de los objetos por ellos contruidos, siempre que sean ventas realizadas en sus talleres; naturalmente, *en ambos casos, el contrato es civil y no mercantil, aunque el comprador tenga el ánimo de revender con lucro, es decir, con carácter general, el comprador sea comerciante o industrial que adquiera tales productos como materia prima para su fabricación* (15). El párrafo cuarto, por su parte, excluye la reventa que estipule cualquier persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo, *es decir, las ventas de consumidor*, aunque el comprador tenga ánimo de revender con lucro o sea comerciante, mientras que no se excluye la mercantilidad de la venta hecha por el comerciante a otro comerciante o persona en quien concurra dicho ánimo de los efectos que adquirió para su consumo. La razón es una presunción legal que expresaba el artículo 360 del Código de 1829 en su último inciso: «Siendo mayor cantidad la que estos tales ponen en venta que la que hayan consumido, se presume que obraron en la compra con ánimo de vender, y se reputarán mercantiles la compra y la venta.»

Podemos concluir, por consiguiente, que el ámbito sociológico o el supuesto de hecho que define la compraventa mercantil, tanto en el vigente Código como en el anterior, es la compraventa de mercaderías o de cosas muebles, en general, entre comerciantes, si bien hay que reconocer que queda una zona de incertidumbre, referida a las ventas de industriales o comerciantes hechas a aquellas personas que, sin serlo, se pueda

(15) Disentimos en este sentido de LANGLE: *El contrato de compraventa mercantil*, cit., págs. 32-33, donde calificando estas compraventas como contratos mixtos, entiende que «carecería de explicación que el tráfico entre comerciantes no pudiese recaer sobre productos de la agricultura o ganadería, o que de recaer se rigiese por la Ley común». En definitiva, pensamos que el contrato de compraventa no se reputa mercantil... cuando el labrador o ganadero vende, *salvo si quien compra se propone hacer luego, transformando o no el producto, una reventa lucrativa*. Se nos antoja que esto es lo racional y obligado. Pero reconocemos noblemente que ni en el texto de la Ley aparece esta salvedad (¿se habrá considerado implícita lógicamente?), ni si admitimos la existencia y eficacia de esta salvedad misma constituye el número 2 del artículo 326 una excepción del 325. *Es una regla que cuanto más se analiza, más dudas infunde*.

El intrínsculo se deshace si se abandona el esfuerzo de querer calificar como mercantiles cualquier tipo de compraventas con tal que intervenga en ellas un comerciante, y se reconoce que el Código sólo califica como tales, *como regla general*, las celebradas *entre comerciantes*. En caso contrario se pretende que el Código diga lo que sin duda no quiso decir.

En este sentido, no creemos que para respetar el carácter profesional de las compraventas mercantiles fuera necesario calificar como tal «toda venta realizada por un comerciante en la explotación de su industria, fuese cual fuese el carácter y la intención del otro contratante» (GARRIGUES: *Tratado*, cit., pág. 241), con lo que se postula la mercantilidad de las ventas de agricultores, ganaderos y artesanos y de la reventa al consumidor.

demostrar que compran para revender con lucro. Y éste es el extremo más criticable, en la medida en que el esfuerzo doctrinal en este punto no puede soslayar el escollo, representado por la noción de acto objetivo de comercio, principio sistemático del Código vigente.

3. EL PROBLEMA DE LA MERCANTILIDAD DE LA REVENTA

3.1. LA INTERPRETACIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Uno de los temas clásicos del Derecho mercantil ha sido y continúa siendo el problema de la mercantilidad de la reventa. Casi de forma unánime los mercantilistas vienen insistiendo en su posición de que la reventa de comerciante a consumidor es un contrato mercantil, repitiendo idénticos o similares argumentos. En las explicaciones de la disciplina y en los exámenes propuestos a los alumnos el tema es, respectivamente, de muy frecuente tratamiento y aparición, y es que, en efecto, no constituye una simple cuestión doctrinal, en el sentido peyorativo de la expresión, sino un problema fundamental de delimitación de la ley especial. Actualmente, la posición de los mercantilistas es casi unánime, con la destacable excepción del profesor BROSETA (16). Por su parte, la doctrina civilista apenas sí se ha ocupado del tema, dejando que se formara paulatinamente la opinión, bastante generalizada, de que la tesis mercantilista no ofrecía reparos (17).

Hay que advertir, sin embargo, que la doctrina de la mercantilidad de la reventa para uso o consumo es relativamente reciente. Casi podemos afirmar que esta doctrina es introducida en 1940 por el profesor GARRIGUES, en su primera edición del tomo segundo del *Curso de Derecho mercantil*, aunque no insistía en ella en las *Instituciones* de 1943 (18).

(16) BROSETA, M.: *Manual*, cit., pág. 330.

(17) Ello no obstante, algunos civilistas defienden el carácter civil de la reventa para uso o consumo. Así, BADENES GASSET: *El contrato de compraventa*, 2.ª ed., y LALAGUNA IBÁÑEZ, E.: «Relaciones entre Derecho civil y Derecho mercantil», separata, *RGLJ*, 1958, pág. 35.

(18) El profesor GARRIGUES, en esta primera edición de su *Curso* (Madrid, 1940, tomo II, vol. 1.º, págs. 131-132), entiende que «aunque no dice expresamente el Código de Comercio que sea también mercantil la reventa de las cosas compradas con ánimo de revenderlas», sin embargo, «si las ventas hechas por los comerciantes fuesen sometidas al Derecho civil, se desnaturalizaría el propósito del legislador de establecer normas especiales para la compraventa mercantil. Por esta razón no es violento interpretar nuestro Código de comercio en el sentido siguiente...» A continuación aporta como argumentos exegéticos fundamentales la interpretación a contrario sensu del artículo 326-4.º, y el que siendo mercantil

En la doctrina anterior no suele plantearse directamente el tema, pero es fácil deducir del pensamiento de los distintos autores una posición contraria a la mercantilidad del supuesto.

En relación con el Código de 1829, el pensamiento de BACARDI es extraordinariamente casuístico. Empieza por justificar la distinción entre «compra» y «venta», pues «si bien no parece susceptible de dividirse la compra de la venta, ya que una palabra es correlativa de la otra, sin embargo, esta abstracción es necesaria cuando se trata de atribuirles un carácter que los separe del derecho común; así, consideraremos primeramente qué compras son actos de comercio y después veremos qué ventas tienen igual carácter» (19). Esta metodología, tan cara a los autores del siglo pasado, directamente conectada con el tema de los «actos mixtos» lleva al autor a un notable confusionismo. De todos modos, queda bien claro que «la compra debe hacerse para *revender*, de otro modo no fuera acto mercantil, aun cuando consistiese en grandes cantidades...; en una palabra, es preciso que exista el deseo de hacer un beneficio comprando, esto es, de especular, para que la compra pueda llamarse mercantil». Por ello mismo, «el director de un establecimiento de educación que compra víveres o muebles para el consumo y uso de sus alumnos no hace un acto mercantil...». En tanto que, por el contrario, «la compraventa de vinos será acto de comercio no solamente de parte del que le vende por mayor, que se llama comerciante, sino del que le expende por menor, llamado tabernero, y del que le compra para transformarlo en aguardiente o licores».

A continuación parece atribuir carácter mercantil a cualquier reventa: «Cuando el que compra géneros con esta mira ejecuta su proyecto, proyecto que dijimos daba el carácter mercantil a su compra, verifica otro nuevo acto mercantil. Así, no tan sólo la compra de pipas de aguardiente

la reventa para el vendedor, como se deduce de dicho artículo así interpretado, «el contrato íntegro tendrá que someterse al Código de Comercio, a menos que no se quiera desdoblarse el acto único e indivisible de la compraventa en dos actos diversos: uno de compra y otro de venta, para someter el primero al Código civil y el segundo al Código de Comercio.» Y continúa diciendo que «estas dificultades se hubiesen evitado si el Código de Comercio, en vez de querer sustituir el dato de la profesionalidad mercantil por el de la intención de reventa, se hubiese limitado a calificar de mercantil toda compra y toda venta realizada por un comerciante en la explotación de su industria, fuese cual fuese el carácter y la intención del otro contratante» (opinión que luego reitera en el *Tratado*: véase nota anterior).

Parece observarse en el eminente profesor la influencia de la configuración de la compraventa mercantil en el Código de Comercio alemán de 1897 (véase apartado 4).

(19) BACARDÍ, A.: *Tratado de Derecho mercantil de España*, Barcelona, 1840, tomo I, págs. 8 y sigs. El autor sigue, copiándolo casi literalmente, el pensamiento de PARDESSUS, J. M. (*Cours de droit commercial*, 6.ª ed. por E. DE ROZIERE, 1856, tomo I, págs. 5 y sigs.).

para revenderlas será acto de comercio, sino también su reventa...; de manera que hace también un acto mercantil el que vende paños cuyas materias primeras había comprado con este intento... *De todo lo dicho resulta que para que la venta sea acto mercantil es preciso que la cosa haya sido comprada con este objeto.*»

El resultado de todas estas observaciones no puede ser otro que la perplejidad del lector. Sin embargo, todo hace pensar que cuando el autor califica de mercantiles las «reventas» se está situando, como ya nos ha advertido, desde el punto de vista del vendedor, porque ya antes nos ha aclarado que no son mercantiles las «compras» hechas sin ánimo de especulación (aunque sean, a su vez, «reventas mercantiles»).

Aunque tampoco se plantea directamente el tema, más claro resulta el pensamiento de GONZÁLEZ HUEBRA. En primer lugar, considera indispensable para la calificación de mercantil, «en la compra, que se haga con ánimo de volver a vender la cosa comprada, y en la venta, que haya sido adquirida por compra hecha con esta intención». En segundo lugar, entiende que en caso de contrato mixto, es decir, cuando la compra sea mercantil y no la venta, y a la inversa, el contrato debe someterse al derecho común (20).

Siguiendo con los tratadistas del Código de 1829, GÓMEZ DE LA SERNA y REUS GARCÍA explican la exclusión del artículo 360, 5.º, «porque falta en este caso el ánimo de lucrarse vendiendo» (21); MARTÍ DE EIXALA y su discípulo y reeditor DURÁN Y BAS parecen admitir la mercantilidad de las reventas de las mismas cosas compradas con ánimo de revenderlas, pero inmediatamente excluyen la de las ventas que se verifican para atender al consumo doméstico (22). En cuanto al problema de los actos

(20) GONZÁLEZ HUEBRA, P.: *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, Madrid, 1853, 1.ª ed., pág. 207; y 3.ª ed., 1867, pág. 243 y nota 1, donde expone su concepción sobre el régimen aplicable a los actos mixtos:

«De la calificación que hace el Código de las compraventas mercantiles puede resultar, y sucederá acaso con frecuencia, que la compra sea mercantil y no la venta, y al contrario, y, por consiguiente, que ocurran dudas acerca de la ley que deba aplicarse en la decisión de las cuestiones que se puedan suscitar sobre el cumplimiento de estos contratos. Algunos opinan que debe seguirse la Ley y fuero del demandado, pero nosotros no podemos conformarnos con esta opinión, sobre todo en cuanto a la ley por la que hayan de ser decididas, y considerando que el fuero del comercio no es de personas, sino de cosas, que no es posible que para uno de los contratantes rija una y para el otro otra diversa, y que el Derecho mercantil, como excepción del civil, no puede comprender, según lo dispuesto en el artículo 2.º del Código, más que a los que sean comerciantes o hagan alguna operación de comercio, somos de parecer que estos casos deben resolverse con arreglo al derecho común.»

(21) GÓMEZ DE LA SERNA, P., y REUS GARCÍA, J.: *Código de Comercio*, 7.ª edición, Madrid, 1878, pág. 164.

(22) MARTÍ DE EIXALA, R.: *Instituciones de Derecho mercantil de España*, 3.ª ed., Barcelona, 1859, pág. 67; 6.ª ed., 1870, pág. 125, y 7.ª ed., 1875, páginas 124-125, por DURÁN Y BAS.

mixtos, a la perplejidad del maestro sucede la tesis del discípulo de que se adopte la solución francesa, de que el contrato se rija por el fuero de cada parte, es decir, por el que antes presente la reclamación judicial, lo que realmente resulta poco satisfactorio (23).

Tras la promulgación del actual Código de Comercio se expresan con mayor rotundidad ALVAREZ DEL MANZANO, BONILLA y MIÑANA, cuando dicen que «ambos Códigos (el de 1829 y el de 1885) preceptúan que no se consideren mercantiles las compras de objetos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se haga la adquisición. Esta exclusión se funda en que el consumidor no especula con la cosa adquirida, sino que la compra para consumirla; falta, por consi-

(23) En efecto, MARTÍ DE EIXALA decía (7.^a ed., pág. 183, nota b):

«Las reglas que el Código de Comercio prescribe para estos contratos en parte están conformes para el Derecho civil y en parte se separan del mismo. De aquí nace una dificultad que ignoramos si ha sido resuelta por los Tribunales; a saber, ¿qué principios regirán cuando el contrato sea mercantil respecto al comprador y de Derecho común por lo que toca al vendedor, o viceversa? Es indispensable que sean o las del Derecho civil o las del mercantil, porque tratándose de un contrato que produce obligaciones recíprocas, no cabe aplicar un derecho a una de las partes y otro derecho a la otra. El Código de Comercio francés no da lugar a semejante dificultad, pues que en punto a las obligaciones que nacen de las compras y ventas nada establece, dejándolas por lo mismo sujetas enteramente al Derecho civil.»

Y DURÁN Y BAS anota:

«También da lugar a esta dificultad el Código de Comercio francés, puesto que en el artículo 631 señala, entre las cuestiones que son de la competencia de los Tribunales de Comercio, las relativas a los actos mercantiles entre toda clase de personas, y que en el siguiente enumera como actos de comercio las compras de comestibles o mercancías para revenderlos, sea en la misma, sea en distinta forma, o para alquilar simplemente su uso; pero la jurisprudencia del Tribunal de Casación ha establecido que cuando sólo una de las dos partes contratantes haya verificado un acto mercantil, ésta deba ser emplazada ante los Tribunales de Comercio y la otra ante los del fuero común. Vide ROGRON: *Comentario a dicho artículo*. La misma opinión sostienen entre nosotros el señor VICENTE Y CARABANTES y los autores del Código de Comercio concordado y anotado; pero el señor HUEBRA, en su apreciable obra titulada *Curso de Derecho mercantil*, disiente de ella, y fundado en que el fuero de comercio no es de personas, sino de cosas; en que no es posible que para uno de los contratantes rija una ley y para el otro otra diversa; y en que el Derecho mercantil como excepción del civil no debe comprender más que a los que sean comerciantes o hagan alguna operación de comercio, es de parecer que en casos semejantes deben las cuestiones resolverse con arreglo al Derecho común. No son de poco peso estas razones, pero es probable que, al formarse entre nosotros jurisprudencia sobre este punto, se adopte la de la nación vecina que parte del principio de conservar a cada uno, según la naturaleza de cada acto, su fuero propio.

Naturalmente, aun manteniendo la solución de aplicar la legislación propia del fuero a que acuda el demandante, hoy esta solución no podría prevalecer tras la unificación de fueros, y la solución parece que habría de ser la aplicación en todo caso de la legislación civil.»

guiente, uno de los requisitos del acto mercantil, y ya sea la venta civil o mercantil, la compra tendrá siempre carácter civil» (24).

El profesor BENITO Y ENDARA también parece admitir la mercantilidad de la reventa, cuando afirma que «la compra para revender, así como la reventa consiguiente, ya como término de la operación o ya practicada esta última para volver a comprar, constituye la compraventa a que el Código se refiere». Pero el equívoco se desvanece cuando a continuación explica que la aclaración del artículo 326, 1.º, «es una verdadera redundancia que huelga por completo, pues el que compra para su consumo o el de la persona por cuenta de quien hizo la adquisición, ni compra para revender ni compra con el propósito de lucrarse en la reventa, y no practica, por consiguiente, un acto que pueda suponerse comprendido en el espíritu y letra del artículo 325» (25). No deja de ser, desde luego, una inconsecuencia del eminente profesor que en otro lugar, donde insiste en idénticos conceptos, estudie, sin embargo, como mercantiles las ventas a plazos, a las que él dedicó especial atención (26), destinadas generalmente a uso o consumo.

En el mismo sentido, RODRÍGUEZ ALTUNAGA entiende que las exclusiones del artículo 326 son inútiles, puesto que si no se compra para revender con lucro, las compraventas serían civiles (27).

El resto de la doctrina no se plantea el problema, limitándose a transcribir los preceptos o a reproducir su contenido con distintas palabras, siguiendo el conocido método «longobardo» o al pie de la letra de exégesis de las leyes (28).

(24) ALVAREZ DEL MANZANO, F.; BONILLA, A., y MIÑANA, E.: *Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, tomo II, Madrid, 1916, página 20.

(25) BENITO Y ENDARA, L.: *Manual de Derecho mercantil*, tomo I, 3.ª ed., 1924, páginas 576 y sigs.

(26) BENITO Y ENDARA, L.: «Compraventa mercantil», en *Enciclopedia Jurídica Española*, Seix, Barcelona, tomo VII, afirma la exclusión de la compra para consumir, en pág. 708. por el contrario, en págs. 710-711 incluye el estudio del contrato de venta a plazos. A esta última figura dedicó especial interés el eminente profesor en su trabajo «Compraventa a plazos con reserva temporal de la propiedad a favor del vendedor (RDP, 1929, págs. 123 y sigs.), donde denuncia los abusos ya cometidos en su tiempo y la apatía del legislador para regularlos protegiendo al comprador. Habría que oír lo que diría el sabio profesor al ver que ha habido que esperar a 1965 para tener una Ley especial de ventas a plazos y, sobre todo, al ver la vigente Ley.

(27) RODRÍGUEZ ALTUNAGA, R.: *Derecho mercantil*, Madrid, 1917, pág. 379.

(28) Entre ellos: la Redacción de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*; *Código de Comercio de 1885 comentado y concordado*; ESTASEN, P.: *Instituciones de Derecho mercantil*, tomo III, Madrid, 1892, págs. 214-215; DEL VISO, S.: *Lecciones elementales de Derecho mercantil*, 4.ª ed., Valencia, 1907, págs. 295-296; BLANCO CONSTANS, F.: *Estudios elementales de Derecho mercantil*, 4.ª ed., Madrid, 1950, por don RICARDO MUR SANCHO, pág. 23. Hay que decir, sin embargo, en favor de estos autores, que la exclusión de la mercantilidad de la reventa para uso

Más recientemente todavía, GONZÁLEZ DE ECHAVARRI y GAY DE MONTELLÁ insisten en la necesidad de ánimo de revender con lucro como criterio definidor de la compraventa mercantil (28 bis).

3.2. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY DE VENTAS A PLAZOS

La Ley de Ventas de Bienes Muebles a Plazos, de 17 de julio de 1965, delimita también con notable abstracción los supuestos o contratos que regula. La Ley se aplica a contratos que sin ser calificados de compraventa consiguen un resultado económico similar:

Artículo 1.º Es objeto de la presente Ley la regulación de las ventas a plazos de bienes muebles corporales no consumibles, de los préstamos destinados a facilitar su adquisición, de las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de aquellos contratos.

Artículo 2.º Por venta a plazos se entenderá, a efectos de esta Ley, el contrato mediante el cual el vendedor entrega al comprador una cosa mueble corporal y recibe de éste, en el mismo momento, una parte del precio, con la obligación de pagar el resto diferido en un periodo de tiempo superior a tres meses y en una serie de plazos que se determinarán en la forma que dispone el artículo 20.

También se entenderán comprendidos en esta Ley los actos o contratos, cualquiera que sea su forma jurídica, mediante los cuales las partes se propongan conseguir los mismos fines económicos que con la venta a plazos.

En su artículo 4 recurre también, al igual que el Código de Comercio, a la técnica de las exclusiones. En efecto, el artículo 40 establece:

Quedan excluidas de la presente Ley:

1. Las compraventas a plazos de bienes muebles que, con o sin ulterior transformación o manipulación, se destinen a la reventa al público y los préstamos cuya finalidad sea financiar tales operaciones.
2. Las ventas y préstamos ocasionales efectuados sin finalidad de lucro.
3. Las ventas y préstamos cuyo importe sea inferior o superior a la cantidad que se determine por el Gobierno.
4. Los préstamos garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento.
5. Las operaciones de comercio exterior.

o consumo debía parecer para la doctrina de la época una cosa evidente y nada problemática.

(28 bis) GONZÁLEZ DE ECHAVARRI, J. M.: *Comentario al Código de Comercio*, Valladolid, 1930, tomo III, pág. 251, donde afirma: «Ni mediación, ni lucro, ni cambio hay en el número 1.º del artículo 326 (pone 236, errata). Bien está que no se reputen actos mercantiles.» GAY DE MONTELLÁ, R.: *Código de Comercio español comentado*, Barcelona, 1936, tomo III, vol. 1.º, págs. 172-174, donde insiste en la necesidad del «ánimo de especulación», de modo que aunque el comprador sea comerciante, si compró para el consumo de su familia, no se entenderá compraventa mercantil.

El objeto fundamental de la Ley queda constituido por las ventas de objetos corporales identificables realizadas por comerciantes a personas que no tengan ánimo de revenderlas con lucro. *O sea, que las ventas a plazos contempladas por la ley son generalmente las reventas de comerciante a consumidor o industrial. Es decir, las reventas polémicas.*

Pues bien, uno de los más graves defectos de esta lamentable Ley (29) es el de no haber calificado este contrato de venta a plazos como civil o mercantil en ejercicio de una interpretación «auténtica», que habría evitado trasladar a estas operaciones la polémica surgida en torno al Código de Comercio. Es más, en el texto de la Ley se observa la más cauta ambigüedad en esta cuestión, como cuando el artículo 9 dice que la venta quedará perfeccionada cuando el comprador satisfaga el desembolso inicial «en el momento de la entrega o puesta a disposición del objeto vendido».

Ante el silencio del legislador, la doctrina ha trasladado a este con-

(29) La Ley de ventas a plazos es criticable en muchos aspectos:

a) *Desde el punto de vista técnico:* 1) porque deja en la oscuridad problemas de extraordinaria trascendencia, como, por ejemplo, la naturaleza consensual, real o formal, o incluso formal-real, del contrato, sobre lo que la doctrina no se ha podido poner de acuerdo; 2) porque no aclara si es imperativa o si es dispositiva, de modo que las partes sólo se someten a ella si se cumple el requisito de forma del artículo 5.º, así como los requisitos materiales de plazos, duración mínima y máxima del aplazamiento, etc.; 3) porque no expresa cuál es el régimen subsidiario, si el del Código civil o el del Código de Comercio; 4) por algunas deficiencias de técnica, por ejemplo, la referencia a la suspensión de pagos o quiebra del comprador (art. 19), cuando en muchos casos el comprador no será un empresario mercantil y, por tanto, quedará sometido sólo a concurso de acreedores; 5) porque concede al Gobierno unas facultades de desarrollo que van más allá de la simple política de coyuntura (fijación de desembolso mínimo y plazos máximos), encargándole la determinación de los objetos sometidos a la Ley, la regulación del Registro de ventas a plazos (que se ha instrumentado mediante Orden del Ministerio de Justicia de 8 de julio de 1966 sobre la base del folio personal según el primer apellido del comprador, y que no puede ofrecer las garantías del sistema de foliatura real).

b) *Desde el punto de vista de la política legislativa,* al haber dejado casi sin contenido la protección del comprador que se observa en la legislación comparada en esta materia.

La Ley resulta sorprendente si se contrasta con las manifestaciones de don Pío CABANILLAS en el discurso de defensa de la Ley ante las Cortes (RCDI, 1965, páginas 1139 y sigs.) en el sentido de que «los artículos que van del 7.º al 12.º contienen una serie de normas de naturaleza excepcional, dirigidas en línea de principio a proteger al adquirente en la venta a plazos» (pág. 1147), y que «la Comisión fue consciente del gran cúmulo de dificultades que encerraba la Ley, así como de las finalidades que el legislador pretendía alcanzar» (pág. 1152), y que «la Ponencia trabajó con enorme asiduidad y eficacia, y después de varias sesiones de trabajo presentó a la comisión un texto con abundantes modificaciones, que fue discutido a lo largo de una semana de trabajo por la Comisión de Justicia» (pág. 1143), así como su calificación como una Ley «justa, equilibrada y eficaz». Sorprende tan gran esfuerzo legislativo para redactar una ley de veinticuatro artículos, muchos de ellos casi sin contenido, y, además, mal hecha.

trato su posición sobre la calificación de la reventa. La casi unanimidad de los mercantilistas, expresa o implícitamente, también con la excepción del profesor BROSETA, han calificado el contrato como compraventa mercantil (30). Ello supone someter al comprador al régimen del Código de Comercio, cuyas normas surgieron y se desarrollaron teniendo en cuenta los conocimientos y la diligencia propios de los compradores profesionales. Interpretándola de este modo, al igual que en otros aspectos, la ley no protegería suficientemente a los compradores, que era o debía haber sido su principal misión (31). Quizá el único punto en que resul-

(30) GARRIGUES, *Curso*, tomo I, págs. 91 y sigs., 5.ª ed.; URÍA, *ob. cit.*, páginas 479 y sigs.; SÁNCHEZ CALERO, *ob. cit.*, págs. 378-379; por el contrario, BROSETA (*ob. cit.*, pág. 343) estima que el contrato «será mercantil o civil según se admita o niegue la mercantilidad de la reventa», haciendo remisión a su estudio de ésta. Sobre la naturaleza civil o mercantil del contrato aún no existe jurisprudencia. Sin embargo, es significativo que en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1973 (recurso de don José Sepulcre Fuentes contra Sentencia de la Audiencia de Valencia en caso de vicios de un motor de barco vendido de acuerdo con la Ley de ventas a plazos), ni las partes ni el Tribunal Supremo se plantean la menor duda de que el plazo de caducidad o prescripción de la acción redhibitoria es el del artículo 1490 del Código civil. O sea, que parten de la calificación del contrato como civil. (Sentencia comentada por REY PORTOLÉS, J., en próximo número de esta revista.)

(31) La defensa del comprador, como fin jurídico indebidamente olvidado por el legislador, se puede concretar en tres aspectos: 1.º La Ley, a pesar de las dificultades exegéticas que plantea la interpretación del artículo 5.º (véase), debe interpretarse como de carácter imperativo; 2.º la venta a plazos es un contrato civil y, en consecuencia, se aplica la jerarquía de normas del artículo 6.º del Código civil, así como la regulación civil de la compraventa con carácter subsidiario; 3.º el contenido propiamente de la Ley, que en muchos de los preceptos no protege sustantivamente al comprador, como revela una exégesis detenida de los mismos en relación con la legislación comparada en materia de ventas a plazos y en relación con el propio Código civil, en tanto que se establecen poderosas medidas de protección para vendedores y financiadores (en especial el peligroso artículo 12).

A pesar de que parte de la doctrina, basándose en la interpretación del artículo 5.º en su expresión «para la validez... a los efectos de esta Ley...», haya calificado la Ley como dispositiva (BERCOVITZ, R.: «Las ventas a plazos de bienes muebles», *ADC*, 1966, separata, págs. 142-143; BROSETA, *ob. cit.*, págs. 343-344), debe afirmarse el carácter imperativo de la Ley, deducido, en primer lugar, de su finalidad de protección de intereses, no sólo privados (de las partes en el contrato), sino también públicos (la defensa de los compradores-consumidores, dentro de la concepción del «Derecho social», y el control de la masa crediticia por el Gobierno, dentro de la política coyuntural), y, en segundo lugar, de muchos de sus artículos que presuponen este carácter imperativo (arts. 1.º, 2.º, 4.º, 7.º, 18 y otros). Por consiguiente, una vez entregada la cosa por el vendedor, se entiende perfeccionado el contrato y aplicable la Ley con sentido protector del comprador y sancionador para el vendedor. Este, si no ha cumplido con el requisito de forma, se verá sometido a idéntica sanción que si no se rellenan todos los datos exigidos por el artículo 6.º de la Ley (cfr. art. 7.º), pues resultaría absurda una interpretación que en caso de no cumplirse en absoluto la forma escrita favoreciera al vendedor, aplicándose el Código civil, teóricamente menos favorable para el comprador.

Esta interpretación se apunta ya en GULLÓN (*ob. cit.*, pág. 51), y se afirmaba ya con una perfecta fundamentación en la jurisprudencia de intereses en la im-

taría más beneficioso el régimen mercantil al comprador, que es el régimen de transmisión del riesgo, queda sin aplicación por el hecho de que la compraventa a plazos se perfecciona sólo con la entrega de la cosa. En efecto, el artículo 9 de la ley establece:

«De conformidad con lo dispuesto en el artículo segundo, la venta de bienes muebles corporales a plazos regulada en esta Ley sólo quedará perfeccionada cuando el comprador satisfaga, en el momento de la entrega o puesta a disposición del objeto vendido, el desembolso inicial. Si el vendedor entrega la cosa sin haber recibido simultáneamente el desembolso inicial, perderá el derecho a exigir el importe de éste, y la obligación de pago del comprador se entenderá reducida al importe del resto del precio, conservando el derecho a hacerlo en los plazos convenidos.»

Por su parte, el artículo 5 dice:

«Para la validez de los contratos sometidos a esta Ley, y a efectos de la misma, será preciso que consten por escrito en tantos ejemplares como partes intervengan.»

La interpretación conjunta de ambos preceptos parece que debe ser la siguiente: el contrato de venta a plazos es un contrato real, que se perfecciona con la entrega de la cosa, apartándose del principio consensualista de la compraventa precisamente para proteger más al comprador-consumidor, dándole el mayor tiempo posible para reflexionar (32). Si el artículo 8 hubiese quedado en su redacción original, que modificó la Comisión convirtiéndolo en dispositivo, el comprador hubiera disfrutado, además, de tres días para desistir del contrato, restituyendo incólume la cosa.

El contrato, pues, no se perfecciona si el comprador entrega el desembolso inicial, pero no recibe la cosa, o si firma el formulario de venta y no recibe la cosa. Ahora bien, el desembolso inicial debe hacerse efectivo en el momento de la entrega de la cosa y el contrato habrá de otorgarse por escrito. Una correcta interpretación de la Ley ha de poner el cumplimiento (o incumplimiento) de estas obligaciones legales a cargo

portante Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de diciembre de 1969, siendo ponente don LUIS VIVAS MARZAL, actualmente magistrado del Tribunal Supremo (véanse *Sentencias en Apelación de las Audiencias Provinciales*, Ministerio de Justicia, B. O. del E., 1969, núm. 501). Ignoramos si esta interpretación ha sido confirmada posteriormente por los Tribunales.

La escasa atención del legislador a la defensa del comprador en esta Ley es un buen ejemplo de la naturaleza clasista de la actual legislación española.

(32) En consecuencia, no creemos que el contrato sea consensual (BROSETA, *ob. cit.*, pág. 344) ni tampoco real-formal (GARRIGUES, *Curso*, II, 5.^a ed., cit., pág. 93; URÍA, *ob. cit.*, pág. 475, y Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de diciembre de 1969), sino pura y estrictamente real.

del vendedor (para él suponen, pues, cargas). Si no exige el desembolso inicial, una vez entregada la cosa no podrá exigírselo al comprador. Si no procura cumplir con la forma escrita, pasará por las sanciones establecidas en el artículo 7 de la Ley, como ya hemos dicho; es decir, sólo tendrá derecho a exigir al comprador el importe del precio al contado, pero en los plazos convenidos y sin ningún recargo.

La expresión «para la validez», del artículo 5, puede quedar en un simple error de «lenguaje» del legislador, teniendo en cuenta que, según la Exposición de Motivos, «ha de constar por escrito, *sin que se pretenda alterar las reglas de la prueba ordinaria y a fin de que por tan simple formalismo pueda mantener en virtualidad el contenido imperativo del contrato*». Naturalmente, la finalidad de este «formalismo» se logra de igual modo si se aplica la Ley imperativamente y en perjuicio del vendedor, según se desprende del artículo 7, con tal que se pruebe por cualquier medio que el contrato es una compraventa a plazos, cuestión realmente sencilla, por lo demás, y que en realidad interesa probar al propio vendedor, por la presunción de venta al contado que, en caso contrario, establece el artículo 87 del Código de Comercio y, con ella, de que el comprador hizo ya efectivo el precio.

3.3. LOS ARGUMENTOS DE LA TESIS MERCANTILISTA

La doctrina mercantilista, al defender el carácter mercantil de la reventa de comerciante a consumidor, ha esgrimido muy abundantes argumentos. Resulta difícil someterlos a una síntesis sin menoscabar parte de su fuerza dialéctica, pero no hay más remedio que hacerlo con el fin de poderlos analizar aisladamente. Son de destacar los siguientes:

1.º *El argumento de que la compra y venta (reventa) constituyen tradicionalmente las operaciones esenciales para calificar la profesión de comerciante.* El profesor URÍA, en este sentido, considera que caso de desechar la mercantilidad de la reventa «quedarían fuera del campo jurídico mercantil aquellas operaciones que históricamente constituyeron el fundamento de la profesión del mercader...» (33). El profesor ANTONIO POLO, en su extraordinario comentario crítico, de tan decisiva trascendencia en esta doctrina, a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1945, se refiere al «peligro de una dirección, que de confirmarse cercenaría fuertemente el ámbito de aplicación de la Ley Mercantil, con notorio perjuicio para los intereses del comercio que aquélla está encargada de tutelar...», acarreado «la disolución del Derecho mercan-

(33) URÍA: *Derecho mercantil*, cit., pág. 474.

til como Derecho especial de la compraventa» (34). Por su parte, el profesor GARRIGUES entiende que admitir la hipótesis de la calificación civil de la reventa «sería tanto como destruir el concepto de la compraventa mercantil y el propio sistema del Derecho especial destinado a regular esta compraventa, el cual exige que se someta a las mismas normas tanto la compra para revender lucrándose en la reventa, como la reventa de esas mismas cosas» (35). Y el profesor BROSETA añade que «no tiene sentido afirmar el carácter mercantil de un sujeto (el comerciante) si se parte del carácter civil de su actividad económica típica (la reventa)» (36).

2.º *El segundo argumento es el de que la mercantilidad de la reventa es el presupuesto del que parte el legislador*, aunque no se explicita en los artículos 325 y 326. En este sentido, el artículo 325 sería un caso particular y no la definición general; sería sólo «uno de los supuestos» de compraventa mercantil, como afirma POLO (37). También GARRIGUES entiende que, «indudablemente, el artículo 325 no quiso encerrar en su ámbito todas las compraventas mercantiles», y para demostrarlo cita las ventas bursátiles que lo son por el lugar donde se celebran, aunque no concurren los requisitos del artículo 325 (38). Por ello se estima que la supresión del último párrafo del artículo 359 del Código de Comercio de 1829, que establecía la mercantilidad de la reventa (según una interpretación poco reflexiva, que más adelante someteremos a crítica), no puede interpretarse en el sentido de que el legislador haya cambiado de criterio (39).

3.º *El tercer argumento es la interpretación del artículo 326, 4.º, «a contrario sensu»*, entendiendo que no tendría sentido que la reventa de comerciante a consumidor fuese civil, cuando precisamente este precepto excluye la mercantilidad de «la reventa que haga cualquier persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo», y que

(34) POLO DÍEZ, A.: «La calificación mercantil de la reventa», *RDP*, 1945, páginas 286 y 287.

(35) GARRIGUES, J.: *Tratado de Derecho mercantil*, tomo III, pág. 238.

(36) BROSETA: *Manual*, cit., pág. 331.

(37) POLO, *ob. cit.*, pág. 287.

(38) GARRIGUES, *ob. cit.*, pág. 235. Ello no obstante debe tenerse en cuenta que las operaciones bursátiles también se celebran entre comerciantes, pues comerciantes son los Agentes de Cambio y Bolsa (y los Corredores de Comercio con respecto a los Bolsines), con lo que quedaría salvo una posible concepción unitaria de la compraventa mercantil en nuestro Derecho como contrato celebrado entre comerciantes y sobre mercaderías que postulamos en este trabajo.

(39) URÍA, *ob. cit.* (págs. 474-475), donde dice que «aunque el Código vigente, al contrario de lo que ocurría con el anterior, no reconozca expresamente el carácter mercantil de la reventa, la doctrina no pone en duda ese carácter». En el mismo sentido, GARRIGUES (*ob. cit.*, pág. 238) rechaza la hipótesis de que tal omisión suponga negar el carácter mercantil a la reventa.

«no es lógico afirmar que sea mercantil la reventa del resto de los acopios que hizo un comerciante para su consumo (deducción *a contrario sensu* del art. 326, 4.º), ni negar que sea mercantil la reventa que ese mismo comerciante haga de las cosas compradas con ánimo de revenderlas» (40). Por ello, se concluye, la supresión del último inciso del artículo 359 del Código de 1829 no supone la exclusión de la mercantilidad de la reventa. Parece más claro ahora, en opinión de la doctrina mercantilista, que todas las reventas de los comerciantes son mercantiles. Aunque necesario es adelantar la observación, en contra de este argumento, de que el artículo 326, 4.º, no añade la expresión «no comerciante», sino que esta expresión ya figuraba en el artículo 360, 5.º, del Código derogado, el cual, además, explicaba la presunción legal a la que respondía dicha exclusión.

4.º *El cuarto argumento es de carácter sistemático y se basa en el artículo 85 y siguientes del Código de Comercio, que regulan determinados aspectos de las ventas realizadas en establecimiento abierto al público.* Estos preceptos sirven a la doctrina mercantilista para calificar la reventa de comerciante a consumidor como «acto de comercio», pues la simple inclusión en la normativa del Código debe determinar dicha calificación de acuerdo con el artículo 2 del mismo Código» (41).

5.º *La teoría de los «actos de comercio», según la cual la reventa reuniría todas las características propias de dichos actos, que justifican la extensión por analogía de los preceptos del Código a supuestos no contemplados por él, de acuerdo con el artículo 2.* Tales características serían principalmente la de constituir actos de interposición en la circulación

(40) GARRIGUES: *Tratado*, cit., pág. 239, donde razona: «Cuando el Código de Comercio trata especialmente de la reventa, es para negarle carácter mercantil. Es el caso de la reventa que haga una persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo (núm. 4.º del art. 326). Pero de este mismo precepto se deduce a contrario sensu que es mercantil la reventa de cosas compradas con ánimo de revenderlas cuando la persona que compra y que revende es comerciante. En efecto, es lógico que sea mercantil la reventa de cosas compradas, precisamente con el fin de revenderlas...» Aunque a continuación el ilustre profesor reconoce que «el problema quedaría resuelto si no fuese porque el número 1.º del artículo 326 viene desgraciadamente a enturbiarlo, al decir que no se reputan mercantiles las compras de efectos destinados al consumo del comprador »

(41) Polo, *ob. cit.*, págs. 301-302, quien, además, afirma que «al llegar a este punto podríamos dar por concluido el trabajo extenso ya con exceso para problema tan claro» (pág. 302). GARRIGUES (*Tratado*, pág. 240) afirma que «esta compra tiene que considerarse como acto de comercio conforme al artículo 2.º por tratarse de un acto incluido en el propio Código... Este argumento de interpretación sistemática del Código nos permite saltar fuera del círculo férreo y contradictorio de los artículos 325 y 326». En el mismo sentido, URÍA, *ob. cit.*, página 469.

de los bienes lucrativos realizados en masa y profesionalmente o por medio de una empresa (42).

6.º *La teoría de los «actos mixtos»*, según la cual cuando, desde un punto de vista económico, un contrato es mercantil para una parte, y civil o no profesional para otra, la regulación unitaria de dicho acto (mejor sería quizá hablar exclusivamente de «contratos») debe someterse al Derecho mercantil (43). «En los actos mixtos—dice el profesor GARRIGUES—se produce un conflicto entre el Derecho civil y el Derecho mercantil, cuya solución afecta a la existencia del Derecho mercantil, porque la casi totalidad de los actos de comercio son actos mercantiles sólo para una de las partes, en razón a que la actividad del comerciante es una actividad de mediación entre no comerciantes.» Sin embargo, el ilustre profesor entiende que en nuestro ordenamiento no hay problema de legislación aplicable, porque todos los actos incluidos en el Código de Comercio se rigen por las disposiciones contenidas en el Código. Esta es la declaración del artículo 2. Y añade: «Cuando éste quiere excluir de su ámbito un acto mixto a él sometido consigna expresamente la excepción (art. 326).» El autor se fija entonces en la exclusión de las ventas de labradores y ganaderos, pero no menciona la exclusión del artículo 326, 1.º, que, aunque sea una reiteración del artículo 325, sin embargo, en sí mismo considerado es una exclusión expresa de la aplicación del Código (44). Pero sobre la crítica de este argumento volveremos más adelante.

7.º Frente al argumento de equidad alegado en ocasiones por la tesis civilista, de que la regulación civil es más favorable para el comprador, se opone que tomadas ambas regulaciones en conjunto, tal afirmación no es cierta, ya que la regulación mercantil protege mejor el tráfico

(42) El argumento se debe casi totalmente al profesor POLO (*ob. cit.*, pág. 304), quien destaca todas las notas puestas de relieve por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1929. En el mismo sentido también GARRIGUES (*Tratado*, pág. 238) afirma que el Código de Comercio de 1829 «enlazaba lógicamente la compraventa y la reventa, las cuales constituyen en realidad una sola operación económica especulativa que se inicia con la primera y se consuma mediante la segunda...» Sobre las características del contrato de comercio, véanse Sentencias citadas por GARRIGUES: *Curso*, 6.ª ed., 1972, cit., págs. 145-146.

(43) GARRIGUES: *Tratado*, cit., pág. 239, y en el mismo *Tratado*, tomo I, volumen 1.º, págs. 203 y sigs., donde expone la doctrina de los «actos mixtos o unilaterales» y donde pone como ejemplo la compraventa mercantil, y dice textualmente: «En la compraventa definida en el artículo 325 del Código de Comercio el acto será mercantil para el que compra con propósito de revender, lucrándose en la reventa; mas para el que vende sólo será mercantil si la venta es, a su vez, acto de realización de una compra mercantil (reventa).»

(44) GARRIGUES: *Tratado*, tomo I, vol. 1.º, págs. 204-205, y *Curso*, tomo I, 5.ª ed., cit., págs. 151-153.

e incluso al comprador, aunque en cada conflicto concreto pueda éste, en ocasiones, preferir la solución civil a la mercantil. El argumento de equidad viene recogido y criticado especialmente por el profesor BROSETA, quien al reconocer que el Código de Comercio ha querido excluir de su ámbito la reventa a consumidor, dice:

«Mas de ser esto así, como nos parece, constituye una solución crítica, no sólo porque debe unificarse el régimen de la compraventa —al igual que en otras legislaciones—, sino muy especialmente por dos consideraciones: en primer lugar, porque admitir el sometimiento al Código civil de las compras realizadas en establecimientos abiertos al público no satisface adecuadamente las exigencias del tráfico económico, en el que son esenciales el rigor y la rapidez en la ejecución (presentes en el Código de Comercio y no en el civil); y, en segundo lugar, porque puede afirmarse que, en líneas generales, el régimen mercantil de la compraventa es más favorable al comprador (aunque no sea comerciante) que el correlativo régimen civil. Piénsese, por ejemplo, en el régimen para la transmisión de los riesgos, en el de los vicios o defectos de la cosa comprada y en el rigor con el que es tratado el vendedor que incumple su obligación. No parece, pues, suficientemente justificado el aparente deseo del legislador de evitar que el Código de Comercio sea aplicado a los consumidores no comerciantes (45).

8.º Por último, la doctrina mercantil sobre la reventa se fundamenta en un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia. El profesor POLO DÍEZ aporta numerosas sentencias, en las que se señala la importancia de la intención de revender para calificar la compraventa de mercantil, y de ello se deduce que con mayor razón lo será la reventa (46). Frente a la sentencia de 27 de enero de 1945, que calificó como

(45) BROSETA: *Manual*, pág. 332.

(46) POLO (*ob. cit.*, págs. 294-295) entiende que «la claridad del precepto contenido en el artículo 359 ha sido causa de que apenas se haya ofrecido ocasión durante el período de vigencia del Código de 1829 para que la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal se manifestase sobre este punto. Sin embargo, ello no quiere decir que falten fallos en los que unas veces de modo general, casuísticamente otras, se vea confirmada la doctrina contenida en aquél» (según la interpreta este autor).

En relación con el Código derogado cita las Sentencias de 16 de mayo de 1857, 7 de octubre de 1858 (en cuanto a planteamiento general) y las de 5 de agosto de 1857, 24 de marzo de 1858, 20 de septiembre de 1862, 16 de marzo de 1867 y 1 de diciembre de 1881. Estima como más interesantes la de 7 de octubre de 1857, de la cual se desprende (dice el ilustre profesor) a contrario sensu que «la compraventa será mercantil cuando alguno de los contratantes se proponga el tráfico o negociación lucrativa por medio de trasposos o reventas sucesivas» (página 295).

Con respecto al Código vigente cita las Sentencias de 3 de junio de 1898, 21 de abril de 1911, 2 de febrero de 1918, 16 de mayo de 1923, 26 de enero de 1926, 15 de junio de 1926 y 10 de marzo de 1942. Destacando el especial interés para su tesis de las Sentencias de 21 de abril de 1911 y de 15 de junio de 1926.

En el examen de esta jurisprudencia y de la posterior del Tribunal Supremo nos detendremos en el apartado 3.4.4 de este trabajo.

civil un supuesto de reventa a un industrial de maquinaria destinada a su instalación en su empresa, se alega que en realidad *se trataba de resolver un problema de error en la sustancia* (47). En consecuencia, al entregarse maquinaria de marca distinta a la pactada debería haberse acudido al Código civil y no al Código de Comercio en su artículo 336, que regula sólo el error en la cantidad o en la calidad, y que en realidad *se trataba de entrega de cosa distinta y no era materia de vicios* (48). En definitiva, se estima que bajo la argumentación del Tribunal Supremo había la intención de dar una solución de equidad, que con la aplicación correcta del Código civil se hubiera logrado igualmente. En lugar oportuno (3.4.4.) examinaremos la doctrina de esta sentencia y otras del Tribunal Supremo.

3.4. TESIS QUE SE PROPONE

3.4.1. Supuestos de reventa

Con el fin de plantear con la debida claridad el tema, se hace necesario determinar cuál es el supuesto de hecho al que denominamos «reventa». Para ello, en atención a los sujetos que intervienen en el contrato, podemos distinguir tres tipos o supuestos de reventa:

1.º *Reventa para revender*.—Es decir, reventa de lo adquirido para revender hecha a quien, a su vez, compra para revender con ánimo de lucro. El comprador, en tal caso, puede ser un comerciante, que revenderá los géneros en el mismo estado, o un industrial, que los transformará en productos de su fabricación antes de revenderlos. A su vez, el «revendedor» podrá ser un comerciante o un industrial, que «revende» las materias primas que adquirió después de transformarlas. Se trata de un contrato mercantil, en atención al ánimo del comprador (art. 325) y a que no se halla excluido por ningún apartado del artículo 326. A esta reventa

(47) POLO, págs. 305-306: «El pronunciamiento de la Sentencia impugnada en casación había declarado la nulidad del contrato por error en la sustancia, supuesto, a todas luces, distinto de los contemplados por el citado artículo 336, que, de querer encuadrarlos bajo la rúbrica del error, sólo cabría hacerlo como errores *in quantitate* o *in qualitate*, que como tales tienen un tratamiento jurídico distinto del primero. Pues bien, *no estando regulado el error en la sustancia en el Código de Comercio*, nada impedía que, aun siendo mercantil el contrato, tuvieran aplicación las disposiciones del Derecho común, artículo 1.266-1.º, por propio imperativo de los artículos 2.º y 50 de aquél, con lo cual la justicia del fallo, desde el punto de vista de la equidad, quedaba salvada y no se había desnaturalizado la esencia mercantil de una de las más genuinas manifestaciones de la actividad mediadora negándole este carácter.» En el mismo sentido parecía justificar la Sentencia GIRON TENA (RDM, 1946, 1.º, pág. 159).

(48) URLA, *ob. cit.*, pág. 469.

se refiere el artículo 329 del Código de 1829, al añadir al texto del actual 325 la frase «y las reventas de estas mismas cosas», mientras que el artículo 360, 2.º, al excluir del Código las ventas destinadas al consumo, hacía imposible calificar como mercantil la reventa de comerciante a consumidor, pues ello hubiese ido claramente en contra del último precepto mencionado.

2.º *Reventa de consumidor.*—Tanto si el comprador es un consumidor o un industrial que adquiere la cosa sin ánimo de revenderla, como si es un comerciante o un industrial que adquiere la cosa en concepto de materia prima para su fabricación, esta compraventa viene excluida del Código de Comercio por el artículo 326, 4.º, coincidente en su sentido con el 360, 4.º, del Código de 1829.

3.º *Reventa para uso o consumo.*—Es decir, reventa de persona que compró para revender con lucro (generalmente, por tanto, comerciante o industrial que revende las materias primas transformadas) a comprador, que adquiere para su uso o consumo, bien sea un consumidor o bien un industrial con intención de instalar o utilizar la cosa comprada en su empresa y no para revenderla. *Aunque el artículo 326, 1.º, correspondiente al artículo 360, 2.º, del Código de 1829, parece excluirla de plano de la regulación del Código de Comercio, es precisamente ésta la operación que ha planteado el debatido problema de la «mercantilidad de la reventa».*

3.4.2. *Crítica de la interpretación mercantilista*

Una vez analizados aisladamente los argumentos de la tesis mercantilista, podemos someterlos a un análisis crítico siguiendo el orden expuesto. Los argumentos correlativos en contra serían los siguientes:

1.º *El ejercicio del comercio no consiste necesariamente en la repetición o ejercicio habitual o profesional de actos de comercio, sino que puede consistir igualmente en el ejercicio profesional de actos calificados como civiles.* Piénsese en aquellos empresarios mercantiles que se dedican profesionalmente a estipular y realizar construcción de obras, instalaciones, reparaciones y otras actividades que caen dentro del concepto de arrendamiento de obra y quedan sometidas, por ello, al Código civil. El ejercicio del comercio es un concepto socioeconómico y no un concepto jurídico que tenga que construirse induciéndolo del contenido del Código de Comercio; sobre este punto, la doctrina actual reconoce el fracaso de

la construcción de un concepto jurídico de comercio, de igual modo que ocurre en el caso de los «actos objetivos de comercio» (49).

Aun dentro de una perspectiva positivista que intentara descubrir en el Código de Comercio los conceptos de actividad mercantil e industrial, en contraposición a actividades profesionales civiles, la atención no debería dirigirse necesariamente a la realización de reventas, sino más bien a la *realización profesional o en masa de compras para revender*. En efecto, la literatura jurídica se fija fundamentalmente en esta actividad para distinguir al comerciante de otros profesionales. Recordemos que en alemán al comerciante se le llama *Kaufmann* y no *Verkäufer*, es decir, en un idioma en el que la terminología de los oficios es extraordinariamente descriptiva, se denomina al comerciante como hombre que compra y no como hombre que vende. Igualmente, las Partidas nos dicen que «propriadamente son llamados mercaderes todos aquellos que *compran las cosas con intención de las vender* a otri para ganar en ellas» (50). En el mismo sentido, las citas de diversos autores clásicos que hace POLO (51), se fijan en la actividad de comprar para revender, y la jurisprudencia abundante que cita el ilustre profesor (a la que nos referimos en otro

(49) GARRIGUES: *Curso*, tomo I, 6.^a ed., cit., pág. 9; GIRÓN TENA, J.: «El concepto de Derecho mercantil», *ADC*, 1954, separata, págs. 147-148 y 153-154; RUBIO, J.: *Introducción al Derecho mercantil*, Barcelona, 1969, págs. 17 y sigs., y 547 y sigs.

(50) Partida V, título VIII, Ley 1.^a

(51) POLO, *ob. cit.*, pág. 290. En efecto, estos autores se fijan fundamentalmente en el espíritu o ánimo que lleva al comerciante a comprar.

He aquí el texto de fray TOMÁS MERCADO (*Summa de tratos y contratos*, Sevilla, 1571, cap. IV, págs. 23 y sigs.):

«En una de dos maneras se vende o compra (conviene saber) o para provisión de la familia: o para ganar algo vendiendo y comprando... Digo que o compramos para gastarlo, o consumirlo; o para granjear vendiendo. Para la casa se merca trigo, cebada, vino, aceite, tapicería, sedas, lienzos. Todo esto y otras cosas de este tomo se suelen mercar para gastar en la persona, en la mujer, hijos y criados, para proveimiento de sus heredades o para las vendimias, cosechas o siega. Este mercar o vender es un negocio tan lícito que es natural: como honrar a nuestros mayores... Y vender uno lo que le sobra o lo que se le antoja, para mercar del precio lo que ha menester para su sustentación: es de obligación y lícitísimo. Mas esto (aunque es mercar y vender) no es ser mercader, sino hombre político y cuidadoso, en lo que es justo lo sea. Hay otro género de ventas, que es mercar alguna ropa, como fardos, o pipas de vino, o aceite, para llevarlas a otras partes o aguardando a otros tiempos, revenderlo por más de lo que costó. Entender y vivir de esto (como dice la ley) es ser mercader. Y a este tal le buscamos algún buen fin para que lo haga bueno: que al otro no es menester buscárselo, que él lo tiene de suyo santísimo...»

Y continúa justificando el oficio de mercader, por los bienes que reporta a la República (págs. 24 y sigs.).

Por su parte, fray FRANCISCO GARCÍA (*Tratado utilísimo y muy general de todos los contratos cuantos en los negocios humanos se suele ofrecer*, Valencia, 1585, págs. 214 y sigs.): «Tales son los mercaderes: los cuales no compran las cosas con otro fin, sino para tornarlas a revender, sin servirse dellas para otra cosa.»

apartado), se ocupa de compras de comerciante, es decir, compras realizadas con intención de revender, pero no de reventas para uso o consumo propiamente dichas.

Por otro lado, no resulta evidente que el Derecho mercantil tuviese como núcleo histórico esencial las reventas al público, puesto que nació como Derecho profesional en las relaciones entre grandes comerciantes del tráfico interlocal, en tanto que el mercado dedicado a los consumidores era objeto de estricta regulación administrativa de espíritu proteccionista (52).

Ello explica que la reventa de comerciante a consumidor haya permanecido regulada en el Código civil, hasta muy avanzado el siglo pasado, en aquellos países que han dedicado una doble regulación a la compraventa. El Código de Comercio francés sólo destina el artículo 109 a la prueba en materia de compraventa, de modo que el régimen jurídico de este contrato estaba íntegramente regulado en el Código civil. Toda la construcción del contrato de compraventa mercantil que hace PARDESSUS está basada en el Código civil (53).

Como ya hemos visto (3.4.1.), el Código de Comercio español de 1829, al afrontar la codificación del Derecho mercantil con anticipación a la del Derecho civil, considera la reventa a consumidor como civil en el artículo 360, 2.º Todos los Códigos de Comercio iberoamericanos promulgados a lo largo del siglo pasado y el Código de Comercio portugués de 1888 excluyen la mercantilidad de las compras hechas para consumo o uso del comprador. Hay que llegar al Código italiano de 1882 y al Código alemán de 1897 para asistir a la incorporación de la reventa al consumidor al Código de comercio. A la evolución de la legislación comparada dedicaremos el apartado 4, con el fin de no crear prejuicios en el análisis exegético de nuestro Código.

2.º *La mercantilidad de la reventa al consumidor no es el presupuesto del que parte el Código, sino todo lo contrario*, como demuestran los artículo 360, 2.º, del Código de 1829, y 326, 1.º, del vigente, absolutamente idénticos en su contenido. En consecuencia, parece claro que el artículo 325 es la regla general; que el 326, 1.º, constituye la misma regla general reproducida desde un punto de vista negativo, y que los demás apartados del último artículo citado suponen realmente excepciones a la regla general. Por ello mismo, probablemente en el Anteproyecto de Cód-

(52) BERCOVITZ, A.: «Notas sobre el origen histórico del Derecho mercantil», en *Estudios jurídicos en homenaje a J. Garrigues*, Madrid, 1971, I, págs. 1 y sigs.

(53) PARDESSUS, *ob. cit.*, págs. 837 y sigs., donde cita insistentemente al margen los artículos del «Código Napoleón» (Código civil).

go de 1882 (54) se suprimió el último inciso del antiguo artículo 359 del Código derogado para evitar posibles confusiones, puesto que, en contra de lo que inducía a pensar dicho inciso, *en realidad sólo eran mercantiles las reventas si en ellas se reproducían los requisitos exigidos por el mismo artículo 359*. En nuestra opinión, el objetivo de suprimir dicho inciso y, desde luego, el resultado obtenido, era el de conseguir una mayor claridad en la redacción del precepto.

3.º *A partir de las anteriores premisas resulta inadmisibile la interpretación «a contrario sensu» que se hace del artículo 326, 4.º, del Código vigente.*

Las interpretaciones *a contrario sensu* siempre son peligrosas, dado que el legislador no suele operar con una lógica «cerrada», sino mediante proposiciones jurídicas de contenido «tópico» o «asimétrico». Pero es que, además, frecuentemente, una adecuada interpretación lógica permite evitar los peligros de la interpretación *a contrario sensu*, como ocurre en el presente caso. Como decía IHERING, el jurista debe hacer la prueba de sus construcciones, poniéndolas en todas las posiciones posibles, para averiguar si no contienen contradicciones internas (55). Al profesor GARRIGUES no se le escapa la dificultad de la «prueba» de la construcción mercantil de la reventa para uso o consumo, cuando afirma que es el argumento de interpretación sistemática del artículo 85 del Código de Comercio el que «nos permite saltar fuera del círculo férreo y contradictorio de los artículos 325 y 326» (56).

El artículo 326, apartado 4.º, establece una excepción a la regla general del 325 y, por ello mismo, lógicamente, no puede deducirse que la reventa de acopios hechos por el comerciante *a cualquier persona* sea siempre mercantil, *pues entrará en contradicción con el artículo antes citado y con el 326, 1.º, que expresamente excluye las ventas para consumo del comprador*. Lo que hace el artículo 326, 4.º, en nuestra opinión, es separar o excluir del campo de supuestos definido por el 325 aquellos en que el vendedor sea un consumidor, es decir, persona que vende los acopios que hizo para su consumo y que no es comerciante. Por tanto, *las reventas de los acopios hechos para su consumo realizadas por comerciantes, sólo son mercantiles si el comprador es comerciante o tiene el ánimo de revender con lucro*. Por otro lado, como hemos visto, el Código

(54) Ver Proyecto de Código de comercio. Ministerio de Gracia y Justicia. Madrid, 1882.

(55) IHERING, R.: *El espíritu del Derecho romano*, trad. esp., 1909, vol. III, páginas 602 y sigs. Sobre el método de construcción jurídica de IHERING, véase HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid, 1971, tomo I, págs. 132 y sigs.

(56) GARRIGUES: *Tratado*, tomo III, vol. 1.º, cit., pág. 240.

actual no modifica en nada esta exclusión y se limita a suprimir la plausible explicación que añadía el anterior artículo 360, 5.º, a la presunción legal de mercantilidad de este supuesto.

4.º *El artículo 85 no basta para calificar de mercantiles las compraventas en establecimiento abierto al público.* En la medida en que los artículos 325 y 326 se ocupan especialmente de la delimitación del concepto de compraventa mercantil, el artículo 85 y siguientes no pueden desvirtuarlos.

Estos artículos aparecen en realidad como preceptos aplicables al tráfico del comerciante en su establecimiento, hecha abstracción de si el comprador es, a su vez, comerciante o consumidor, y, por tanto, constituyen preceptos de derecho común aplicables igualmente a las compraventas mercantiles y a las civiles realizadas en establecimiento abierto al público. Las normas que instauran sobre irreivindicabilidad de cosa y precio y sobre presunción de pago al contado en tales contratos pueden ser consideradas como especiales en la medida en que se refieren a la actividad del comerciante, y por ello creemos que *en una concepción sustancial del Derecho mercantil como Derecho económico privado deben formar parte de su contenido, a pesar de que no regulen forzosamente «actos de comercio».*

En esencia, los artículos 85 a 87 del Código de Comercio establecen, en primer lugar, una norma de protección del tráfico jurídico de bienes muebles (como más arriba indicábamos, más correcto hubiera sido referir tal precepto a «mercaderías») más fuerte que el artículo 464 del Código civil, que protege mucho más al propietario ilegalmente desposeído de la cosa (57). En segundo lugar, la presunción de pago al contado, que coincide con el artículo 1.500, 2.º, del Código civil, funciona en contra del comerciante, quien en caso de venta al fiado se ve compelido a procurarse la prueba en contrario (58). Nada de extraño tiene, pues, que la Ley de Ventas a Plazos, según la venimos interpretando, es decir, en defensa del comprador, imponga al comerciante vendedor la obligación (o, si se quiere, la carga) de cumplir con el requisito de la forma escrita, cuando ya el Código de Comercio indirectamente le imponía esta diligencia.

(57) Sobre el tema véase en especial MELÓN INFANTE, F.: *La adquisición de mercaderías en establecimiento comercial*, Barcelona, 1958, págs. 149 y sigs.

(58) En contra de lo que opina LANGLE (*El contrato de compraventa mercantil*, cit., pág. 166), según el cual el artículo sienta una presunción en favor del comerciante que vende liberándole de la carga de la prueba. El precepto así interpretado parece inútil (como advertía BENITO Y ENDARA, *Manual*, cit., pág. 319), ya que el aplazamiento del precio no se puede presumir si no se pacta, por lo que es lógico interpretarlo en el sentido que postulamos.

5.º *La teoría de los actos de comercio no puede, amparándose en la analogía invocada por el artículo 2, ir en contra de preceptos expresos del Código, como los artículos 325 y 326, tal como los hemos interpretado.* En efecto, la analogía puede utilizarse para calificar como mercantiles actos no incluidos en el Código, pero que en base a la interpretación de éste se puedan considerar semejantes a los regulados en él. Pero no a contratos expresamente excluidos del mismo.

6.º *La teoría de los actos mixtos debe correr la misma suerte, en atención a los citados preceptos.* Pero es que aun en el caso de que no hubiese una norma que claramente excluyera la mercantilidad del acto mixto en cuestión, sería dudoso si la solución justa habría de ser la sumisión del no comerciante al Derecho mercantil. GONZÁLEZ HUEBRA ya opinaba que debían someterse al Derecho común (58 bis). La misma opinión parece desprenderse de la doctrina mantenida por GÓMEZ DE LA SERNA, DURÁN Y BAS y BENITO Y ENDARA (59), según los cuales sería de aplicación en cada caso la legislación del Tribunal que entendiera en el asunto.

Esta construcción coincide con la doctrina de los actos mixtos de PARDESSUS, que elabora su tesis en ausencia de una delimitación legal de la compraventa mercantil en el Código de Comercio francés. Afirma, por un lado, que las compras mercantiles tienen que hacerse para revender, de modo que el que compra con esta intención realiza un acto de comercio, aunque no lo sea para el vendedor, que vende productos de su cosecha; pero añade que cuando el que ha adquirido las cosas para revenderlas, las revende efectivamente, también realiza una «venta» mer-

(58 bis) Ver nota 20.

(59) GÓMEZ DE LA SERNA y REUS exponen su teoría con su habitual claridad (*ob. cit.*, pág. 88, nota 6):

Puede suscitarse una curiosa cuestión: en el contrato de compra y venta suele acontecer que los dos hechos correlativos no sean de una misma naturaleza, y, por tanto, que el uno sea un acto civil y el otro mercantil. ¿Qué tribunal conocerá de este asunto? La respuesta es sencilla: prevalecerá el principio de que el demandante debe seguir el fuero del demandado. Pongamos un ejemplo: Un labrador vende su cosecha a un comerciante; la venta es un acto civil, la compra es un acto de comercio: lo contrario sucede si el comerciante vende aquella cosecha a los consumidores. Si es el labrador o el consumidor en los casos propuestos el que reclama el cumplimiento de la obligación, deberá comparecer ante el Tribunal de comercio, porque la obligación, cuyo cumplimiento exige de parte del comerciante, es mercantil; mas si es el comerciante el que pide, deberá hacerlo ante el juez ordinario porque es civil, con respecto al labrador, el acto, cuyo cumplimiento reclama.

La opinión de DURÁN Y BAS, coincidente con ésta, puede verse en la nota 23, donde, sin embargo, concluye que tras la desaparición de los Tribunales de Comercio siguiendo esta teoría sólo será aplicable a los actos mixtos el Derecho común.

La tesis del profesor BENITO Y ENDARA se expone en *Las bases del Derecho mercantil*, cit., pág. 66, nota 2.

cantil (60). Pues bien, en otro lugar, PARDESSUS afirma que en estos casos el sujeto para quien el acto no es mercantil podrá demandar a la otra parte, tanto ante Tribunales civiles como mercantiles, en tanto que el sujeto para quien el acto es mercantil no puede someter al otro al Tribunal de Comercio (61). Sobre la legislación aplicable, el autor no se plantea problemas, puesto que la regulación de la compraventa era casi idéntica, por lo que cualquiera de las dos jurisdicciones aplicaría el Código civil.

En nuestra opinión, la doctrina de los actos mixtos, merced a su desarrollo posterior por la doctrina mercantilista, que aquí ha actuado, evidentemente, *pro domo sua*, ha desempeñado un extraordinario papel en el siglo pasado para justificar la progresiva «extensión» del Derecho mercantil a las relaciones entre comerciantes y no comerciantes. En el campo doctrinal se observa la progresiva defensa de los autores españoles de someter los actos mixtos al Código de Comercio. En el campo legislativo, ello se observa ya en nuestro Código de Comercio de 1829, que incluye entre los contratos mercantiles muchos celebrados entre comerciantes y no comerciantes. El fenómeno de «extensión» se consolida en los Códigos de Comercio alemán de 1860, italiano de 1882 y alemán de 1897, en los que prevalece el criterio de que es contrato mercantil todo aquel en que intervenga un comerciante en el ejercicio de su actividad profesional (ver apartado 4). Como vemos, junto a un progresivo abandono de la «generalización» de los contratos mercantiles, como contratos que pueden regular las relaciones entre cualesquiera sujetos, hay un creciente fenómeno de «extensión» del Derecho de los contratos mercantiles, de las relaciones entre comerciantes, a las relaciones que se califican de mercantiles, no por los datos del fin de especulación aislada del «acto objetivo de comercio», sino por la presencia en ellos de un empresario mercantil (62).

(60) PARDESSUS. *ob. cit.*, tomo I, págs. 6 y sigs., y 20 y sigs.

(61) PARDESSUS, *ob. cit.*, tomo IV, pág. 12.

(62) Sobre las nociones de «extensión» y «generalización» del Derecho mercantil, véase BROSETA, M.: *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, Madrid, 1965, págs. 57 y sigs., quien, sin embargo, parece identificar ambas nociones.

En nuestra opinión, puede definirse la «extensión» del Derecho mercantil como el aumento progresivo de las relaciones sociales sometidas a la ley especial. Las dos grandes etapas de este fenómeno estarían determinadas: 1.º) Por la extensión del Derecho mercantil a la industria (Código francés de 1807, Código español de 1829), quedando fuera la actividad artesanal por las razones que expone la E. de M. del Código de Comercio español vigente. 2.º) Por la extensión del Derecho especial a los contratos mixtos, es decir, aquellos en los que interviene un empresario mercantil, y por el simple hecho de la presencia de éste (Código de Comercio alemán de 1897).

Por el contrario, podemos definir como «generalización» la utilización de los

En nuestra opinión, sin embargo, el criterio de los «actos mixtos» no debe servir para «extender» el Código de Comercio más allá de los «actos mixtos» expresamente incluidos en su regulación (contratos bancarios, de seguros, de transporte, de depósito en almacenes generales, etc.). Esta es una exigencia de la técnica de aplicación de la ley especial, que ha sido puesta de manifiesto en numerosas ocasiones por nuestro Tribunal Supremo, al establecer que cuando surgen dudas sobre la legislación aplicable, debe aplicarse el Código civil «por su naturaleza y carácter normativo, expansivo y atrayente» (sentencias de 27 de junio de 1947, 21 y 25 de abril de 1952 y 10 de junio de 1953, fundamentalmente).

Por el contrario, en la futura unificación del Derecho de obligaciones y contratos deberán prevalecer todas o casi todas las soluciones contenidas en el régimen mercantil de la compraventa (como ha ocurrido en el Código civil italiano). Sin duda alguna, ha sido la mejor adecuación al tráfico moderno uno de los factores que más ha influido en la progresiva «extensión» de la compraventa mercantil a lo largo del siglo pasado, así como del progresivo trasvase de normas del Código de Comercio al Código civil (ejemplo, los Códigos alemanes).

3.4.3. *Consideración especial del llamado argumento de equidad*

De gran peso puede ser el que hemos denominado argumento de equidad, que, como hemos visto, recoge y enjuicia atentamente el profesor BROSETA. Este argumento nos parece del mayor interés. Con independencia de la justicia de la regulación mercantil o civil considerada globalmente para atender al actual tráfico jurídico, nos parece evidente que, en conjunto, *de lege data*, el Código civil protege más al comprador. Lo demostraremos comparando ambas regulaciones en sus puntos fundamentales.

Con respecto a la jerarquía de normas, el artículo 2 del Código de Comercio, a diferencia del artículo 6 del Código civil, establece que a los contratos mercantiles se aplicará, en primer lugar, la ley mercantil; en su defecto, los usos del comercio de la plaza, y sólo en tercer lugar, con carácter supletorio, se aplicará el Derecho común. En su virtud, si con-

instrumentos y contratos mercantiles por todos los sujetos, aunque en la relación no intervenga ningún empresario mercantil. La generalización se traduce precisamente en la pérdida de la especialidad del Derecho mercantil, aunque los Códigos del pasado siglo, interpretando mal el fenómeno, creyeron necesario concebir el Derecho mercantil como Derecho objetivo de los actos de comercio, cualquiera que fuese la persona que los estipulara (art. 2º de nuestro Código de Comercio).

A este fenómeno de «generalización» del Derecho mercantil es al que se refiere el profesor BROSETA, a quien fundamentalmente debemos la crítica de la objetivación del Derecho mercantil en los Códigos del siglo pasado (*ob. cit.*, páginas 67 y sigs.).

sideramos que la reventa es mercantil, se deberá aplicar la regulación de los artículos 325 y siguientes del Código de Comercio y los abundantes usos en materia de venta mercantil. Esta sola diferencia de la distinta jerarquía de normas inclina ya a pensar que es injusto someter al comprador no profesional al riguroso régimen de la compraventa mercantil, en atención a las siguientes razones: a) La normativa especial de los artículos 325 y siguientes sólo se justifica por la profesionalidad de los sujetos. Precisamente por ello, el Código de Comercio alemán, que regula la compraventa mercantil entre comerciantes y no comerciantes, establece derogaciones o especialidades al régimen mercantil general, en relación con los sujetos que no son comerciantes (63). Y lo mismo hace el Código de obligaciones suizo, que, a pesar de unificar la regulación de la compraventa establece especialidades «en materia de comercio» (64).

(63) Artículo 346. «Para determinar el significado y efectos de las acciones y omisiones entre comerciantes se tendrán en cuenta los usos del comercio.» Es decir, que los usos mercantiles sólo se aplican a los contratos celebrados entre empresarios mercantiles.

Artículo 377. «Si la compraventa tuviese carácter mercantil para ambas partes, el comprador examinará la mercancía tan pronto le sea entregada por el vendedor en la medida en que lo permita la marcha normal de los negocios, y si aparece algún vicio, debe indicarlo sin demora al vendedor.

Si el comprador deja de hacer la declaración, se considera aceptada la mercancía, a menos que se trate de un vicio no reconocible en el momento del examen.

Si semejante vicio aparece posteriormente, debe hacerse la declaración inmediatamente después de su descubrimiento; en caso contrario, la mercancía se considera aceptada a pesar de los vicios.

El envío de la declaración hecho oportunamente por el comprador es suficiente para conservar sus derechos.

Si el vendedor ha ocultado dolosamente el vicio, no puede invocar estas prescripciones.»

Caso de que una de ambas partes no sea empresario mercantil se aplica el Código civil, donde no se exige la denuncia de los vicios (véase GIERKE, J.: *Derecho comercial y de la navegación*, trad. esp., Buenos Aires, 1957, tomo I, páginas 76-77).

Artículo 379. «Si la compraventa constituye un acto de comercio para las dos partes, el comprador está obligado a su custodia provisional si reclama la mercancía que le es enviada desde otro lugar.

Si la mercancía puede deteriorarse o hubiera peligro en la demora, puede hacerla vender de acuerdo con las prescripciones del artículo 373» (véase GIERKE, J., *ob. cit.*, págs. 85-86).

(64) El Código de obligaciones suizo, a pesar de haber operado la unificación del Derecho de obligaciones y contratos y dar una regulación unitaria del contrato de compraventa, señala especialidades cuando éste se estipula entre comerciantes:

Artículo 190. «Cuando en materia de comercio el contrato fija un plazo para la entrega y el vendedor cae en mora, hay que presumir que el comprador renuncia a la entrega y reclama daños y perjuicios por incumplimiento.

Si el comprador quiere exigir la entrega, debe informar de ello al vendedor inmediatamente después del vencimiento del plazo.»

Es decir, el Código de obligaciones suizo califica aquí el plazo de entrega como plazo esencial de efecto resolutorio automático, salvo expresa voluntad del

b) Además de esta regulación especial del contrato, sería de aplicación la normativa general de obligaciones y contratos mercantiles, con importantes especialidades con respecto al Derecho civil, sobre todo en materia de perfección del contrato, interpretación, etc. c) Por último, serían de aplicación los usos del comercio, cuyo significado generalmente sólo es conocido por quienes profesionalmente se dedican al mismo. Pensemos que en virtud del artículo 2, en relación con el 57 del Código de Comercio, el significado de expresiones técnicas, cuales son «a portes debidos» o «a portes pagados», «franco vagón» y otras, serían aplicadas al comprador con independencia de que en la estipulación del contrato se hubiese explicado bien su contenido. Precisamente una de las más serias razones que VIVANTE alegaba en pro de la unificación del Derecho privado de obligaciones y contratos, es que en los contratos mixtos, según el Código italiano de 1882, eran de aplicación los usos del comercio, resultando los consumidores víctimas de las prácticas mercantiles, que en ocasiones constituían verdaderas «insidias» (65).

En punto a la venta a plazos, la Ley de 1965 protege suficientemente al comprador en materia de perfección del contrato, al convertir la compraventa en un contrato real. Pero con respecto a la interpretación, las normas de la Ley especial que establecen el carácter imperativo de su contenido no impedirían la aplicación al consumidor del conjunto de prácticas y usos elaborados por los comerciantes.

comprador. El Código de Comercio español sólo configura esta clase de plazo para el pago del precio (cfr. art. 332), en tanto que para la entrega de la cosa el plazo es esencial, pero no determina la automática resolución del contrato (cfr. art. 329). Ver, sobre todo, VICENTE GELLA, A.: «El término esencial», *RDM*, núm. 22, 1949, páginas 7 y sigs., y FERNÁNDEZ-NOVOA, C.: «Término esencial», *ADC*, 1954, páginas 937 y sigs.

Artículo 191-2.º «El comprador puede, en materia de comercio, exigir la indemnización de los daños representados por la diferencia entre el precio que ha pagado de buena fe para reemplazar la cosa que no le ha sido entregada.»

En tanto que entre no comerciantes no se prevé la compra de reemplazo.

Artículo 215. «En materia de comercio el vendedor tiene derecho a reclamar al comprador moroso en el pago del precio de venta los daños y perjuicios representados por la diferencia entre este precio y el precio en el que él ha vuelto a vender la cosa de buena fe.»

Es decir, se prevé la venta de sustitución, a diferencia de lo que ocurre entre no comerciantes.

(65) VIVANTE, C.: *La unidad del Derecho privado en materia de obligaciones*, traducción de la 5.ª ed. italiana con prólogo y notas de don JOSÉ DE BENITO Y MAMPEL. Madrid, 1925, págs. 73-74: «Muchas de estas costumbres no engañan a los comerciantes, que las descuentan en el precio, pero engañan a los consumidores que no las conocen. Si quiere facilitarse la frecuente tendencia económica de los consumidores de dirigirse directamente a los industriales y a los comerciantes al por mayor, precisa salvarlos de estas insidias, que se cubren eufemísticamente con el nombre de costumbres. El Código de Comercio alemán, que en su reciente revisión (Código de 1897) quita a los usos toda autoridad frente a los no comerciantes, está ya en este camino» (véase art. 346 del HGB en nota 63).

Con respecto a las arras o señal, el artículo 1.454 del Código civil las presume simplemente penitenciales (66), salvo que las partes establezcan lo contrario, mientras que el Código de Comercio, en su artículo 343, las presume confirmatorias. En consecuencia, si la reventa se califica de mercantil y el comprador entrega una cantidad a cuenta sin especificarse el concepto en que lo hace, no solamente arriesga la pérdida de esa entrega, sino que queda vinculado al cumplimiento de la totalidad de las obligaciones derivadas del contrato.

Tratándose de un contrato sometido a la Ley de Ventas a Plazos esta situación no puede darse, puesto que la entrega de cantidades a cuenta no vincula al comprador ni al vendedor en tanto no haya sido entregada la cosa, de acuerdo con la interpretación que hacemos del artículo 9 de la Ley.

Con respecto al régimen de transmisión del riesgo, la diferencia de régimen jurídico favorece al comprador en caso de aplicación del Código de Comercio. En efecto, según la interpretación más generalizada, mientras en él rige el principio de la entrega (*periculum est venditoris*), en el Código civil rige el principio de la perfección (*periculum est emptoris*).

El régimen de la transmisión del riesgo de la cosa en el Código civil constituye materia muy polémica en los últimos tiempos. Según la interpretación tradicional y más generalizada (67), el Código sigue el sistema romanista, con arreglo al principio *emptio perfecta, periculum est emptoris*. Esta interpretación se basa fundamentalmente en las siguientes razones:

a) Una interpretación lógica y sistemática del Código, basada en los artículos 1.452; 1.096, 3.º; 1.182, y 1.122, 3.º, entre otros. Según estos

(66) La doctrina y la jurisprudencia distinguen tres clases de arras o señal: a) *Confirmatorias*, que manifiestan el consentimiento del comprador, obligándose en el contrato; b) *penitenciales o de arrepentimiento*, que permiten al comprador desistir del contrato, en tanto que el vendedor queda vinculado al mismo; c) *penales*, que suponen una cláusula penal equivalente al cálculo anticipado de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

A pesar de la tendencia jurisprudencial a eludir la calificación de penitenciales, queda firme la presunción legal del artículo 1.454 en defecto de que de la voluntad de las partes se derive otra cosa. Véanse CASTÁN (ob. cit., págs. 86 y sigs.), PUIG BRUTAU (ob. cit., págs. 154 y sigs.), ROYO MARTÍNEZ (Notas sobre la función de las arras en la contratación, Sevilla, 1949, págs. 15-16) y GULLÓN (ob. cit., pág. 44).

Sobre el carácter de las arras en la compraventa mercantil, BENITO Y ENDARA, Manual, II, cit., págs. 310 y sigs.; LANGLE, ob. cit., págs. 106-107.

(67) CASTÁN, ob. cit., págs. 94 y sigs.; ESPÍN, ob. cit., págs. 488 y sigs.; BÉRGAMO, A.: «El riesgo en el contrato de compraventa», en *Estudios sobre el contrato de compraventa*, Barcelona, Colegio Notarial, 1947, págs. 165 y sigs.; ROCA SASTRE, R.: «El riesgo en el contrato de compraventa», en *Estudios de Derecho privado*, tomo I, Madrid, 1948, págs. 384 y sigs.; y muy especialmente, ALONSO PÉREZ, M.: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, sobre todo páginas 267 y sigs.

preceptos, el deudor de cosa específica se exonera de responsabilidad por su entrega en caso de pérdida por causa de fuerza mayor o caso fortuito. por lo que no está obligado a cumplir. La duda sobre si, a su vez, puede o no exigir el pago del precio, se resuelve deduciéndolo *a contrario sensu* de los artículos que establecen que desde el momento del nacimiento de la obligación de entrega corresponden al acreedor de la cosa los frutos y las indemnizaciones a que pudiesen dar lugar los actos dañosos de terceros. Si el comprador, según el Código, está a las maduras, es lógico que haya de estar también a las duras. La misma conclusión se desprende del párrafo 3.º del artículo 1.452, según el cual, en caso de venta de cosas fungibles, vendidas «por un precio fijado con relación al peso, número y medida», no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora. O sea que, una vez hecha la especificación y antes de realizarse la entrega, el riesgo pasaría también al comprador.

b) *Una interpretación histórica*, que pone de relieve, por un lado, la concepción tradicional del régimen de transmisión del riesgo en nuestro Derecho, adscrita al sistema romanista, y, por otro lado, la coincidencia del artículo 1.452 con el 1.347 del Proyecto de 1851, en el cual, en la compraventa se transmitía la propiedad al comprador como consecuencia del simple consentimiento.

c) *Una interpretación de jurisprudencia de intereses*, que permite, especialmente a ALONSO PÉREZ, defender la solución de la transmisión del riesgo desde la perfección, como norma excepcional a la del artículo 1.124 del Código civil, que regula el incumplimiento de las obligaciones recíprocas.

d) *El apoyo en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo*, en especial las sentencias de 15 de marzo de 1941, 15 de abril de 1947, 29 de abril de 1947, 9 de junio de 1949, 21 de abril de 1954 y 6 de abril de 1965.

Esta construcción, pues, prevalece aún sobre algunas recientes construcciones que intentan limitar el principio *periculum est emptoris* (68).

(68) Son de destacar en este sentido las construcciones aportadas por los siguientes autores: ALCÁNTARA SAMPELAYO («La prestación del riesgo en la compraventa», *RDP*, 1946, págs. 487 y sigs.), que, partiendo de que los artículos 1.096 y 1.182 no aluden más que la extinción de la obligación del vendedor de entregar la cosa, defendió la aplicación del régimen general del artículo 1.124, en virtud del cual, no habiendo cumplido el vendedor entregando la cosa, no puede exigir el precio al comprador: tesis renovada hoy por ALBALADEJO, M.: *Instituciones de Derecho civil, Parte General y Derecho de obligaciones*, Barcelona-Bolonia, 1960, páginas 755 y sigs.; COSSÍO, A. («Los riesgos en la compraventa civil y en la mercantil», *RDP*, 1944, págs. 361 y sigs.), entiende que el artículo 1.452 parte de la presunción de que la dilación en la entrega se produce en beneficio del ven-

Por el contrario, en el caso de la compraventa mercantil, la doctrina, casi unánime, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo entienden, en base al Código de Comercio, que el riesgo de la cosa no se transmite al comprador desde la perfección del contrato, sino desde la entrega o de la «puesta a disposición» (69). Una parte de la doctrina, encabezada por el profesor GARRIGUES, ha identificado la «puesta a disposición», mencionada en el artículo 333 del Código, con la «entrega», mencionada en el artículo 331 y otros muchos (70). Por el contrario, ALONSO PÉREZ ha defendido recientemente que el riesgo en la compraventa sólo se transmite con la entrega de la cosa, momento en el cual nace el derecho del vendedor a exigir el precio (art. 339); de modo que la simple «puesta a disposición» no puede servir por sí misma para la transmisión del riesgo, a no ser que haya sido precedida por un pacto entre las partes (la *traditio ficta*, invocada en el art. 1.462 del Código civil). El citado autor entiende fundamentada su tesis en el examen de las sentencias del Tribunal Supremo que justifican los efectos traslativos del riesgo de la puesta a disposición en la voluntad de las partes: sentencias de 1 de mayo de 1903; 10 de junio de 1925; 3 de febrero de 1928; 13 de junio de 1944; 7 de junio, que sigue la tesis de GARRIGUES, pero que concibe también la puesta a disposición como una *traditio ficta*; 3 de mayo de 1947; 19 de octubre de 1957, y 25 de octubre de 1957 (71).

dador, presunción que puede destruirse por el comprador, aunque para ello no tenga que alegar culpa del vencedor (en el mismo sentido, GULLÓN, *ob. cit.*, página 35).

DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970, página 855) ha apuntado que el artículo 1.452, con su remisión a otros preceptos, se limita a atribuir al comprador el provecho o daño (*incommodum*) de la cosa, pero no su pérdida (*interitus*).

(69) BENITO Y ENDARA, *ob. cit.*, págs. 301-302; LANGLE, *ob. cit.*, págs. 92 y siguientes; GARRIGUES: *Tratado*, cit., págs. 301 y sigs., y *Curso*, 5.ª ed., cit., páginas 82 y sigs.; URÍA, *ob. cit.*, pág. ...; GIRÓN TENA, J.: «Jurisprudencia comentada» (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1946), en *RDM*, 1946, núm. 5, págs. 129 y sigs.; VICENTE Y GELLA, A., *ob. cit.*, págs. 447 y siguientes; BROSETA, *ob. cit.*, pág. 334; SÁNCHEZ CALERO, *ob. cit.*, págs. 376-377; ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, págs. 414 y sigs.

Una posición aislada representa el profesor MENÉNDEZ, A. («La transferencia de la propiedad y del riesgo en la compraventa mercantil», *RDM*, 1951, núm. 32, páginas 227 y sigs.), quien entiende que la puesta a disposición ha de asimilarse a la situación de *emptio perfecta* en el sentido en que la entendían los romanos; es decir, contrato estipulado y cosa en disposición de ser entregada. Con lo que tiende a equiparar el régimen de transmisión del riesgo en el Código civil y en el Código de Comercio.

(70) GARRIGUES: *Tratado*, cit., págs. 302-304; en el mismo sentido, LANGLE, *ob. cit.*, pág. 98; GIRÓN TENA, *ob. cit.*, pág. 134; BROSETA, *ob. cit.*, pág. 334; SÁNCHEZ CALERO, *ob. cit.*, pág. 383; URÍA, *ob. cit.*, págs. 472 y 476-477, quien, sin embargo, distingue entre puesta a disposición y entrega efectiva, contemplados, respectivamente, en los artículos 331 y 333.

(71) ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, págs. 426 y sigs.; ya anteriormente el profesor COSSÍO (*ob. cit.*, págs. 395 y sigs.) había interpretado que en virtud del artículo 331

En suma, podemos afirmar que en caso de reventa para uso o consumo, el comprador resultaría beneficiado de su calificación mercantil. En este punto, el «argumento de equidad» actúa en favor de la tesis mercantilista.

En relación con la venta a plazos, el problema de la transmisión del riesgo se plantea desde otro punto de vista. En efecto, pensemos que entre la perfección del contrato y la entrega de la cosa no media ningún lapso de tiempo, por lo que el problema del riesgo de la cosa en sentido propio no llega a plantearse. Sí que conviene aludir, sin embargo, a la polémica sobre si el riesgo de la cosa, en tanto no se haya satisfecho la totalidad del riesgo, corre a cargo del vendedor (propietario aún generalmente en virtud del pacto de reserva de dominio) o a cargo del comprador que la posee. La doctrina mayoritaria opina que el riesgo debe corresponder al comprador, por entender que el contrato está ya perfeccionado y que el pacto de reserva de dominio sólo actúa como condición suspensiva de los efectos de la entrega (72). De todos modos, no hubiese estado de más que este problema doctrinal lo hubiese resuelto la Ley de Ventas a Plazos, poniendo expresamente los riesgos de la cosa a cargo del comprador desde el momento de la perfección (o entrega), como hace el artículo 1.523 del Código civil italiano.

Con respecto a la responsabilidad del vendedor por los vicios ocultos de la cosa, que se traduce en la obligación de saneamiento, son notables las diferencias entre el Código civil y el Código de Comercio (73).

la entrega consiste en la entrega material de la cosa (al igual que en el artículo 1.462-1.º del Código civil), a no ser que se pruebe que con anterioridad fue puesta a disposición del comprador en la forma convenida.

(72) La tesis de que los riesgos de la cosa corren a cargo del comprador en la venta a plazos ha sido defendida principalmente por CANDIL, F. (*Pactum reservati domini*, Madrid, 1915, págs. 29-33 y 76); BONET RAMÓN, J. (anotaciones a LUZZATTO: *La compraventa según el nuevo Código civil italiano*, Madrid, 1953, página 147, nota 136); COSSÍO (*ob. cit.*, pág. 378) y ALONSO PÉREZ (*ob. cit.*, páginas 363 y sigs.).

En contra, sólo la posición de BENCOVITZ, R. (*La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1971, págs. 103-109), para defender su configuración de la llamada reserva de dominio como un derecho de prenda que constituye el comprador sobre la cosa comprada (que se hace de su propiedad desde la entrega) en favor del vendedor; por el hecho de que, aceptando la tesis tradicional, el vendedor aún no ha cumplido con su obligación de transmitir la cosa al comprador, y, en consecuencia, *res perit domino*.

(73) Sobre el régimen de saneamiento por vicios en el Código civil véase: CASTÁN, *ob. cit.*, págs. 120 y sigs.; ESPÍN, *ob. cit.*, págs. 493 y sigs., y «Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa y de las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales», RGLJ, 1967, volumen 1.º, págs. 913 y sigs.; GULLÓN, *ob. cit.*, págs. 40 y sigs.; PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, págs. 202 y sigs.; BADENES GASSET, *ob. cit.*, tomo I, págs. 691 y sigs.;

Ambos Códigos excluyen la responsabilidad del vendedor por los defectos o vicios externos o que estuvieren a la vista, por entender que no es ésta materia de saneamiento, sino materia de incumplimiento, que debe ser denunciado de modo inmediato por el comprador si no quiere que de su silencio *se presuma la aceptación de la cosa*. Ello se demuestra claramente en las acciones reconocidas por el artículo 336, 3.º, del Código de Comercio, coincidentes con las reconocidas en el artículo 1.124 del Código civil (74).

Pero en este punto existe ya una notable diferencia. El artículo 1.484 del Código civil establece que el vendedor «no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito, que por razón de su oficio o profesión debía fácilmente conocerlos». Por el contrario, el artículo 336, 1.º (en relación con el 336, 4.º), del Código de Comercio parte de la presunción de que el comprador es perito en todo caso, puesto que le niega todo derecho de reclamación al comprador que examina la mercancía sin denunciar sus vicios externos (a diferencia de los internos, a los que se refiere el artículo 342). Es más, tratándose de mercancías embaladas o enfardadas, el artículo 335 establece un plazo de cuatro días para denunciar los vicios externos, a contar desde el momento de su recepción por el comprador, en tanto que según el Código civil habría que estar seguramente al momento de examen de la mercancía en cada caso concreto (75).

Pasando ya al verdadero saneamiento (vicios ocultos), las diferencias de régimen jurídico podemos referirlas a las acciones que asisten al comprador y al plazo para la reclamación y ejercicio de las acciones.

Con respecto al primer punto, el artículo 1.486 del Código civil establece que el comprador «podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de los peritos». Por el contrario, el artículo 342 del Código de Comercio establece simplemente que «el comprador que no haya he-

BERCOVITZ, R.: «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», *ADC*, tomo XXII, 1969, págs. 777 y sigs.

En relación con el Código de Comercio: GARRIGUES: *Tratado*, cit., págs. 267 y sigs., y *Curso*, 5.º ed., cit., págs. 78 y sigs.; LANGLE, *ob. cit.*, págs. 76 y siguientes; URÍA, *ob. cit.*, págs. 73 y sigs.; VICENTE Y GELLÁ, *ob. cit.*, pág. 449; BROSETA, *ob. cit.*, págs. 334 y sigs.; SÁNCHEZ CALERO, F.: «Los vicios ocultos y el ejercicio de las acciones que de ellos derivan en la compraventa mercantil», *RDM*, 1956, número 60, págs. 447 y sigs.; «Denuncia de los vicios y examen de la cosa en la compraventa mercantil», *ADC*, 1959, págs. 1191 y sigs., e *Instituciones*, cit., páginas 379 y sigs.

(74) BERCOVITZ, R.: «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», *ADC*, tomo XXII, 1969, pág. 831.

(75) Interpretación que se apunta en la Sentencia de 31 de abril de 1957, que comenta RODRIGO BERCOVITZ en su trabajo (*ob. cit.*, pág. 833, nota 111).

cho 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*», sin especificar de qué acciones se trata. Parece, pues, que serán de aplicación a la compraventa mercantil las mismas acciones del artículo 1.486 del Código civil, en base a los artículos 2 y 345 del Código de Comercio, que parecen remitir a la regulación común, a falta de especialidades mercantiles en esta materia.

Un sector importante de la doctrina mercantilista, siguiendo a GARRIGUES, suele aplicar al supuesto del artículo 342 las acciones del artículo 336, 3.º (76), que no son propiamente las de saneamiento, sino las de incumplimiento, y que por el simple hecho de tratarse de compraventa mercantil no tienen especial justificación. Por lo mismo, no parece admisible que en caso de compraventa mercantil el vendedor esté obligado a indemnizar daños y perjuicios en caso de vicios internos, puesto que esta obligación sólo debe nacer de un verdadero supuesto de incumplimiento o si conocía los vicios o defectos de la cosa (cfr. art. 1.486, 2.º, del Código civil), que a efectos de indemnización equipara este supuesto al verdadero incumplimiento.

Por último, en cuanto a los posibles derechos que asisten al comprador, ha de mencionarse la facultad de solicitar la rescisión por lesión, cuando el precio de la cosa sea superior en una tercera parte al valor real de la misma. El Código civil redujo la posibilidad de ejercitar esta acción en el supuesto de bienes muebles a sólo dos casos, mencionados en el artículo 1.291, apartados 1.º y 2.º, es decir, cuando el comprador es un menor o un ausente, entendiéndose que en los demás casos no era conveniente impugnar el contrato en base al precio injusto. Pues bien, el artículo 344 del Código de Comercio (reproducción del art. 379 del Código de 1829, que excluía la rescisión por lesión enorme y enormísima), dictado aún en época en la que el Derecho común reconocía esta acción de forma ilimitada, establece que no habrá en ningún caso resci-

(76) GARRIGUES: *Tratado*, cit., págs. 283-285, donde justifica la responsabilidad del vendedor por la prestación defectuosa en la tradición medieval y en la doctrina de POTHIER, que fue luego abandonada por todos los Códigos civiles y mercantiles europeos, con excepción del Código de Comercio español, que la recoge en el artículo 336.

Siguen la doctrina de GARRIGUES los profesores LANGLE, *ob. cit.*, págs. 81 y siguientes, y BROSETA, *ob. cit.*, pág. 336.

Por el contrario, SÁNCHEZ CALERO (*Los vicios ocultos...*, cit., págs. 463 y siguientes, y en las *Instituciones*, cit., pág. 381), aunque distingue entre «saneamiento» por vicios aparentes y por vicios ocultos, en punto a éstos remite a las acciones reconocidas en el artículo 1.486 del Código civil: «desistir del contrato o rebajar el precio», dice textualmente. URÍA (*ob. cit.*, págs. 473 y sigs.) remite también al Código civil, a nuestro entender acertadamente.

sión por lesión, sino que sólo cabrá indemnización de daños y perjuicios si hubiese habido fraude (77).

En cuanto a los plazos para la reclamación y ejercicio de las acciones, también puede afirmarse que resulta más protegido el comprador en el Código civil. El artículo 1.490 establece que «las acciones que emanan de lo dispuesto en los cinco artículos precedentes (acciones de saneamiento propiamente dichas por vicios ocultos) se extinguirán a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida». Por el contrario, el artículo 342 del Código de Comercio establece un plazo de treinta días para la «reclamación fundada en los vicios internos de la cosa vendida». Según la interpretación jurisprudencial más reciente, se entiende que una vez realizada la denuncia de los vicios, judicial o extrajudicialmente, el comprador dispone del plazo de seis meses para interponer la acción judicial, en aplicación del artículo 1.490 (78). Ello no obstante, como ya dijimos (apartado 1), hay que advertir que probablemente no es ésta la interpretación más fidedigna del Código, pues la Exposición de Motivos parece dar a entender que el Código ha querido acortar los plazos del Código anterior, que eran de prescripción de la acción.

Por último, puede considerarse también una ventaja para el comprador el sistema de «daño abstracto» en la indemnización de daños y perjuicios (naturalmente, para el caso de incumplimiento), que en nuestro ordenamiento postula el profesor GARRIGUES, por analogía con el régimen del transporte (arts. 363 y 371), y la posibilidad de recurrir a una compra de reemplazo (79).

Pero en estos dos aspectos aparece igualmente protegido el vendedor, que no podrá verse obligado a indemnizar en más de lo que el comprador haya tenido que desembolsar para aprovisionarse de la mercancía no entregada, y por el hecho de que, en caso de no recibir la mercancía el comprador, el vendedor también puede optar entre el depósito judicial o la «venta de sustitución» (cfr. art. 332).

No parece conveniente trasladar las especialidades del régimen del saneamiento mercantil a la venta a plazos de la Ley de 1965, donde la regla general es la ignorancia más o menos absoluta del comprador con

(77) La acción de rescisión no es tenida en cuenta por los civilistas en el estudio de la compraventa, sino que la tratan en la parte general, en sede de eficacia del contrato. Véase por todos DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos*, cit., págs. 313 y sigs.

(78) Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1948, 2 de diciembre de 1956, 3 de enero de 1957 y 6 de abril de 1967. Véase comentario a la de 2 de diciembre de 1954 en SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los vicios ocultos...*, cit., páginas 466 y sigs.

(79) GARRIGUES: *Tratado*, cit., págs. 319 y sigs.

respecto a lo que compra (salvo si se trata de un industrial que adquiere una maquinaria conocida para él).

Con respecto a la entrega de la cosa, si no se pactó plazo, el artículo 1.113 del Código civil exige hacer la entrega «desde luego», en tanto que el artículo 337 del Código de Comercio permite al vendedor realizar la entrega dentro de las veinticuatro horas siguientes a la estipulación del contrato. Es decir, el vendedor en la compraventa mercantil dispone de cierto plazo, al igual que todo deudor, según el artículo 63 del Código de Comercio, en atención al importante papel que el crédito desempeña en las relaciones mercantiles. Sólo que en lugar de los diez días que el artículo 63 establece como norma general para las obligaciones que no llevan aparejada ejecución, el 337 acorta dicho plazo, excepcionalmente, a sólo veinticuatro horas. En este punto también ostenta más derechos el comprador en el régimen civil, el cual (partiendo seguramente como hipótesis general de que el comprador está en posesión de la cosa) no cree en la necesidad de concederle ningún plazo para la entrega, en tanto que en el tráfico mercantil cabe que el vendedor negocie sobre géneros que aún no han entrado en su posesión y propiedad, sino que están «en camino» o requieren determinadas operaciones de «especificación» (embalado, pesaje, etc.), que para el Código civil aparecen como supuestos excepcionales (cfr. art. 1.452, 3.º, del Código civil).

Nada hay que decir con respecto a la obligación de entrega en la venta a plazos, que no creemos pueda surgir del mero consentimiento de las partes ni siquiera de la firma de los formularios, ya que, como hemos dicho, se trata de un contrato real. Antes de la entrega, el comprador no tiene acción para exigirla.

Con respecto a la especificación de cosa genérica, el Código de Comercio, en sus artículos 333 y 334, parece conceder al vendedor la facultad unilateral de especificar sin el concurso del comprador, naturalmente, siempre con las limitaciones, establecidas en el Código civil, de que la cosa no sea de calidad inferior a la pactada y con la necesidad de ajustarse a la muestra en el caso de que el consentimiento del comprador se hubiese prestado en atención a ella, mientras que, por el contrario, según el Código civil, la especificación deberá hacerse de común acuerdo, en la medida en que el comprador debe concurrir necesariamente para que la entrega de la cosa tenga efecto (cfr. art. 1.469). Sin embargo, al adherirnos a la doctrina de ALONSO PÉREZ, que identifica el concepto de entrega en Derecho civil y en Derecho mercantil, hemos dejado prejuzgado el tema de la especificación: en efecto, la especificación en Derecho mercantil sólo tendrá carácter unilateral, coincidente con la «puesta a disposición», si media un pacto previo entre ambas partes.

No sé si después de realizar este, por fuerza, esquemático e incompleto análisis comparativo del régimen civil y mercantil de la compraventa, la única conclusión que obtenemos es la perplejidad. Es evidente que las diferencias legales no son tan marcadas como la interpretación doctrinal ha querido señalar y, sobre todo, que en los últimos tiempos se observa la tendencia a destacar las coincidencias y aproximar las soluciones de los dos Códigos. Creo, sin embargo, que, en conjunto, el régimen de la compraventa civil es más favorable al comprador. Pero con independencia de esta impresión, creo que el argumento de equidad, especialmente enjuiciado por el profesor BROSETA, no debe prejuzgar la aplicación de uno u otro Código a la reventa para uso o consumo. Este argumento sólo puede pesar en la balanza en favor de la unificación del régimen de la compraventa, como el de todos los contratos.

3.4.4. Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

El último argumento aportado por la doctrina mercantilista sobre la reventa, y especialmente por el profesor ANTONIO POLO, en su importante comentario a la sentencia de 27 de enero de 1945, consiste en el análisis de la jurisprudencia sobre la materia. En opinión del ilustre profesor, «cabe entresacar algunas sentencias en que se afirma *expresamente* la comercialidad de la reventa, que hoy (en la referida sentencia) se niega» (80). Sin embargo, es forzoso reconocer que en la abundante jurisprudencia citada por el profesor POLO no se recoge una sola sentencia que se ocupe efectivamente de un caso de reventa de comerciante a consumidor o industrial (reventa para uso o consumo). Como reconoce el profesor GARRIGUES, en el momento en que publica el tomo III de su *Tratado*, sólo la sentencia de 27 de enero de 1945 había abordado directamente el tema. Sin embargo, el profesor GARRIGUES también entiende que con anterioridad a esta sentencia algunas otras «habían afirmado, aunque indirectamente, la mercantilidad de la reventa» (81).

Limitándonos a las dictadas con base en el Código vigente, la sentencia de 3 de junio de 1898 atiende al ánimo de revender del comprador, pero no enjuicia un supuesto de reventa. La de 21 de abril de 1911 (que luego analizaremos) califica de empresario mercantil al industrial que adquiere materias primas para elaborar productos químicos y específicos medicinales, vendiéndolos a los *farmacéuticos*. En la de 2 de febrero de 1918 se afirma claramente que cuando el propósito del comprador no

(80) POLO, *ob. cit.*, pág. 294. Véase su relación en nuestra nota 46.

(81) GARRIGUES: *Tratado*, cit., pág. 332. Cita las Sentencias de 21 de abril de 1911, 15 de junio de 1926 y 16 de febrero de 1933, ya especialmente destacadas por POLO.

sea el de revender las cosas, la compra es civil. En la de 16 de mayo de 1923 se establece que el hecho de que la sociedad adquirente manifestara que compraba el carbón para su industria no basta para desvirtuar de forma indudable su ánimo de revender con lucro, que resultaba probado en la sentencia de instancia, y en base a este ánimo de revender era calificada la compraventa como mercantil. En la de 15 de junio de 1926 (que luego analizaremos) se afirma simplemente que si el contrato de compraventa realizado con el propósito de revender se calificara de civil, la imprecisión de su régimen jurídico «dificultaría la reventa, que constituye la base fundamental del contrato», es decir, que la finalidad profesional de reventa es la que justifica un régimen especial para la preventa, que es el supuesto que enjuicia la sentencia. En la de 26 de enero de 1926 se afirma que si la compraventa recae sobre cosas muebles y *para revenderlas con ánimo de lucro*, sobre todo entre comerciantes, es mercantil. La sentencia de 16 de febrero de 1933, en la misma línea que la de 21 de abril de 1911, estima que posee la cualidad de comerciante la persona que se dedica habitualmente a la reventa de viandas y refrescos en el ambigü de un teatro, pero de ello no puede deducirse la calificación mercantil de la reventa, como afirman POLO y GARRIGUES, sino que queda clara la posición del Tribunal Supremo de que el empresario de espectáculos públicos es comerciante (en contra de POLO), aunque el ofrecimiento de tales espectáculos no constituya acto de comercio (82). La sentencia de 10 de marzo de 1942 estima que el contrato en litigio no tiene carácter mercantil, porque las patatas compradas estaban destinadas al consumo de los empleados de la empresa compradora, sin ánimo de revenderlos ésta ni mucho menos de obtener lucro en la operación.

El profesor POLO concluye su profundo comentario diciendo: «Como se ve, en más de una ocasión, directamente o deducible *a sensu contrario*, nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado en favor de la calificación mercantil de la reventa, y *de modo muy especial en los fallos de 21 de abril de 1911 y 15 de junio de 1926*, afirmando en otros la importancia de la intervención de dos comerciantes o de la presencia del ánimo de lucro a obtener en la reventa» (83). Más bien creemos lo contrario, que en las sentencias citadas por el ilustre profesor, y en especial en las dos resaltadas, no se califica de mercantil la reventa para uso o consumo del comprador.

(82) Sentencia de 16 de febrero de 1933. Col. Leg. de Jur. Civil, 1933-I, número 96, págs. 610 y sigs. Rechaza el recurso interpuesto contra sentencia de la Audiencia de Sevilla, declarando que es comerciante el empresario de teatro que ofrece al público espectáculos cinematográficos y teatrales.

(83) POLO, *ob. cit.*, pág. 300.

En la sentencia de 21 de abril de 1922 (84), el recurrente, titular de un laboratorio químico-farmacéutico en Barcelona, se había opuesto al auto de declaración de su quiebra alegando, entre otros argumentos, que era «industrial y no comerciante, de acuerdo con la definición de industria que daba la Academia Española». La Audiencia confirmó la declaración de quiebra. El recurrente alega infracción del artículo 1, párrafo primero, y del 325 del Código de Comercio.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso por entender que «la compra de primeras materias con el objeto de transformarlas en productos químicos o específicos medicinales, y la venta de los mismos a los farmacéuticos para obtener un lucro, están comprendidas en el artículo 325 del Código de Comercio y merecen la calificación de contratos mercantiles, que son independientes de los actos profesionales del farmacéutico, limitados a la confección y suministro de medicamentos dispuestos por los médicos, y como, además, el recurrente estaba matriculado para contribuir al Estado por aquella industria, de cuyo hecho nace la presunción de que habitualmente se dedicaba a las expresadas compras y ventas, es visto que... tiene el carácter legal de comerciante».

En la sentencia de 15 de junio de 1926 (85) no se estudia propiamente un supuesto de reventa, sino el de una venta previa a la reventa. La «Sociedad Cox. Mc. Enen y Co.», domiciliada en Londres, vendió a la «Sociedad Mercantil Colectiva Romero y Compañía» 200 fardos de bacalao, al precio de 110 chelines por bala, pago a noventa días de la fecha de las facturas, con letra aceptada al recibo del conocimiento pagadera en Huelva y con la condición o cláusula «Cif», o sea, puesta la mercancía franco porte en el puerto de Huelva y pagado el seguro. De los 200 fardos, 57 se habían rechazado por hallarse en mal estado. El Juez de Primera Instancia desestima la demanda de «Romero y Compañía». La Audiencia revoca esta sentencia y condena a la sociedad inglesa. El Tribunal Supremo admite el recurso, fundándose en que la reclamación por vicios debió interponerse dentro de los cuatro días y a virtud del procedimiento de jurisdicción voluntaria del artículo 2.127 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No se plantea, pues, ninguna duda sobre que se trataba de reventa mercantil. Evidentemente, la sociedad compradora no adquiriría los 200 fardos de bacalao para su consumo, sino para revenderlos.

(84) *Sentencia de 21 de abril de 1911*, Col. Leg. Jur. Civil, tomo 121, 1911-2, número 30, págs. 203 y sigs. Recurso interpuesto por don José María Torras Fàrn contra la Sentencia de la Audiencia de Barcelona en pleito con don Ramón Gabarró Julián.

(85) Col. Leg. Jur. Civil, 1926-3.º, núm. 89, págs. 520 y sigs. Recurso de casación interpuesto por la sociedad mercantil «Cox. Mc. Ener y Co.» contra Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla, en pleito contra la «Sociedad mercantil colectiva Romero y Compañía».

Conviene insistir en esta afirmación anterior, pues debe descartarse la creencia errónea de que el Tribunal Supremo haya admitido hasta hoy (al menos, hasta la sentencia de 16 de junio de 1972) la calificación mercantil de la reventa para uso o consumo. Más aún, debemos insistir en ello, cuando ni siquiera nuestro más alto Tribunal es consciente de ello. En efecto, en la sentencia de 7 de junio de 1969 (ver más adelante), el recurrente aduce multitud de sentencias del Tribunal Supremo en apoyo de la mercantilidad de esta figura. El Tribunal, en lugar de someter a crítica el motivo, rechazando la aplicación de estas sentencias al caso debatido por no ocuparse concretamente de reventas a consumidor, admite implícitamente la oportunidad de su alegación en un primer considerando extraordinariamente irreflexivo y criticable, donde, entre otras cosas, admite «la gran dificultad existente para delimitar la línea divisoria entre (los) citados tipos de compraventa, origen de contradictorias posiciones adoptadas por la doctrina y *hasta de (sic) aparente en la jurisprudencia de esta Sala, contenida(s) en las sentencias citadas en el recurso y en otras muchas*, desde las más antiguas, del año 1898, 2 de febrero de 1918 y 4 de octubre de 1904, a las más modernas, de 27 de enero de 1945, 31 de octubre de 1946 y 1 de julio de 1947, etc., *demuestra, evidentemente, la imposibilidad de dictar una norma concreta de delimitación y habrá de estarse en cada caso específico a sus circunstancias peculiares, pero siempre dando preferencia a la norma legal...*». Hubiese sido de agradecer que el señor Magistrado ponente, ante la avalancha de jurisprudencia invocada por el recurrente, hubiese examinado con detenimiento las sentencias aportadas por éste y las añadidas en el citado considerando para obtener una conclusión clara, que superara la confusión y la indecisión que continuamente se advierte sobre este punto, reconociendo claramente que la reventa para uso y consumo es un contrato civil.

Por el contrario, *la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido que defendemos en este trabajo puede considerarse establecida en las sentencias de 27 de enero de 1945, la citada de 7 de junio de 1969 y la de 14 de octubre de 1970*. Podría argumentarse frente a ellas, como se ha hecho con razón en relación con la primera (85), que el supuesto enjuiciado no era propiamente materia de saneamiento, sino más bien un caso de nulidad por error en la sustancia. Pero el hecho es que en esta sentencia el recurrente se apartó de la calificación de nulidad hecha por la Audiencia de Valencia, planteando directamente ante el Tribunal Supremo el recurso por interpretación errónea de los artículos 325 y 336

(86) *Sentencia de 27 de enero de 1945*, Col. Leg. Jur. Civil, 1945-1.º, núm. 37, páginas 225 y sigs. Recurso interpuesto por don Juan March Arnáu contra Sentencia de la Audiencia de Valencia en juicio contra «Talleres de Guernica, S. A.», sobre nulidad de contrato de compraventa.

del Código de Comercio. En consecuencia, es sobre estos preceptos que fundamenta el más alto Tribunal la calificación del contrato como compraventa civil, y por ello mismo, en nuestra opinión, este pronunciamiento constituye verdadera jurisprudencia.

Anunciados por el señor March dos tornos «Pittler» y uno «Ward» automáticos, al recibirlos, los compradores estiman que los primeros ni son «Pittler», sino «Cleveland», según dice la factura, ni están en condiciones de recibo (faltan piezas). Además de alegarse dolo y otras razones, se discute si el contrato es mercantil (como pretende el señor March), en cuyo caso, según el artículo 336, los compradores tenían que haber reclamado dentro de los cuatro días, o si es civil (posición de «Talleres Guernica»), en cuyo caso no habían perdido la acción. El Juez de Primera Instancia estima la demanda de «Talleres Guernica» y declara resuelto el contrato, condenando al vendedor a devolver precio más intereses y gastos de transporte, y al comprador, los tornos. La Audiencia de Valencia declara la *nulidad por error en la sustancia* (y no la resolución), confirmando los demás pronunciamientos. A pesar de esta calificación de la Audiencia, el señor March recurre, basándose fundamentalmente en: 1.º Interpretación errónea del artículo 325. 2.º Interpretación errónea del artículo 336. El Tribunal Supremo rechaza el recurso, estimando que *ese contrato no merece en Derecho la calificación de mercantil... por notorio que «Talleres Guernica» si adquirió la maquinaria fue para servirse de ella y no para transmitirla a su vez.*

Más dudas nos ofrece que la sentencia de 1 de julio de 1947 sienta verdadera jurisprudencia en punto a la calificación mercantil de la reventa para uso del comprador (87).

«Standard Eléctrica, S. A.», adquirió dos tornos extrarrápidos de precisión, marca MIPRE, respondiendo a la oferta del señor Cornet. La compradora denunció que los tornos entregados no respondían a las características técnicas pactadas, según acreditó por dictamen de la Escuela Central de Ingenieros Industriales. Al rechazarse la reclamación por el vendedor, «Standard» interpone demanda exigiendo que sea retirada la maquinaria por cuenta y riesgo de aquél, condenándole a restituir las cantidades pagadas. El demandado contesta que recibió la carta de reclamación cincuenta y dos días después de la recepción de la maquinaria por la compradora; que no existían tales defectos técnicos, pues el vendedor no se comprometió a que la maquinaria se ajustara a las «normas

(87) *Sentencia de 1 de julio de 1947*. Col. Leg. Jur. Civil, núm. 185, junio-diciembre, págs. 480 y sigs. Recurso interpuesto por «Standard Eléctrica, S. A.», contra Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, en pleito con don Cayetano Cornet Riera, titular de la empresa «Maquinaria Industrial de Precisión» (MIPRE). Nota BONET RAMÓN, RDP, 1947, págs. 883-884.

Schlessinger» alemanas; que la compradora había enviado a dos ingenieros para inspeccionar la maquinaria antes de hacer el pedido y que, además, había interpuesto la acción pasados los seis meses desde la recepción; que por ello pensaba que la actora lo que pretendía era devolver los tornos, al fracasar sus proyectos de expansión por la entrada de los Estados Unidos en guerra, y que el torno una vez montado puede ser corregido, como acreditaba pericialmente; *que como la propia demandante calificaba la compraventa como mercantil, toda reclamación debía haberse hecho dentro de los cuatro días de la recepción*, y aun siendo vicios internos también había prescrito, en base al artículo 342 del Código de Comercio, y que en base al 1.484, no existen defectos ocultos debido a que los alegados eran apreciables a simple vista. En la réplica y duplica vuelven a discutir sobre si se observaron o no los plazos del Código de Comercio.

El Juez de Primera Instancia condena a MIPRE a retirar la maquinaria y restituir las sumas satisfechas, sin indemnización de daños y perjuicios ni intereses ni costas. La Audiencia de Barcelona revoca la sentencia y desestima la demanda en todas sus partes.

«Standard» recurre en casación, alegando como motivos: 1.º) Aplicación indebida del artículo 1.490 del Código civil, por no ejercitarse sólo la acción de saneamiento, sino la de incumplimiento, por haberse entregado cosa distinta a la contratada y por ser inapta para el uso a que se destinaba. 2.º) Infracción del artículo 1.490, al haber contado, en lugar de seis meses, ciento ochenta días y computado los meses por sus días reales, en contra del artículo 7 del Código civil.

El Tribunal Supremo casa la sentencia, dando lugar a la demanda, considerando: 1.º) Que el tema del plazo de prescripción exige puntualizar los fundamentos y términos del suplica de la demanda. 2.º) Que «Standard» dio su consentimiento para la adquisición de unos tornos de precisión para gran producción, que los tornos examinados por sus ingenieros no fueron los mismos remitidos y que la súplica se funda no sólo en los artículos 1.483 y 1.487, sino también en el 1.464 del Código civil, que obliga al vendedor a entregar la cosa vendida. 3.º) Se ejercitó la acción resolutoria por no ser la cosa entregada conforme a lo pactado, siendo esta acción más apropiada al caso, «ya que no fue un torno determinado, sino genéricamente un torno de precisión», *sin que tenga aplicación al caso el artículo 336 del Código de Comercio ni el 342* (que también se alegó), *por no tratarse, evidentemente, de compraventa de índole mercantil, por carecer de una de sus notas características: el ánimo de lucro, a que se refiere el artículo 325 de dicho Cuerpo legal*. 4.º) Que por ello no es de aplicación el artículo 1.490 del Código civil, sin que

sea necesario entrar en el examen del segundo motivo (el cómputo del plazo).

Evidentemente, el valor de la sentencia, en cuanto a nuestro tema, es relativo, ya que el Tribunal Supremo califica el supuesto como incumplimiento del contrato y no como saneamiento. Podría decirse que, aun reiterando la buena doctrina sobre la calificación de la reventa, sus declaraciones en este punto son *obiter dicta*.

En la sentencia de 7 de junio de 1969 (88), el comprador había demandado a la entidad vendedora, pidiendo ante el Juez de Primera Instancia, de forma alternativa y subsidiaria, la declaración de nulidad del contrato por vicio sustancial del consentimiento, la resolución del mismo por incumplimiento al haber entregado cosa distinta de la pactada y la resolución por vicios o defectos ocultos, y tanto el Juez de Primera Instancia como la Audiencia de Madrid dan lugar a la demanda, declarando la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales. Pero el hecho es que también aquí la vendedora recurrió ante el Tribunal Supremo, basándose fundamentalmente en la errónea interpretación del Tribunal de Instancia sobre diversos preceptos del Código de Comercio y, en especial, los artículos 336 y 342 (es decir, materia de saneamiento y no de incumplimiento en la entrega de la cosa pactada), así como en la interpretación errónea de numerosas sentencias, postulando la declaración por parte del más alto Tribunal de que la compra de maquinaria para extracción de aceite de oliva, a instalar en la propia almazara del comprador, era mercantil. Y por ello mismo, al declarar el Tribunal Supremo que este contrato, supuesto claro de reventa para uso del comprador, es un contrato civil, sentó de nuevo jurisprudencia en el sentido que venimos defendiendo.

El 15 de junio de 1962, don José Villén estipuló con «Ofirex, S. A.», un contrato para la adquisición y montaje en una almazara de su propiedad de una maquinaria para la extracción de aceite de oliva, estipulándose que su producción horaria oscilaría entre 800 y 900 kilogramos de aceite, cuando no rebasaba en realidad los 12.000 ó 13.000 kilogramos por día.

Por este motivo demandó a «Ofirex», pidiendo: 1.º) La declaración de nulidad del contrato por vicio sustancial del consentimiento. 2.º) Caso de no estimarse esta petición, la resolución del contrato por vicios, incumplimiento y entrega de cosa distinta de la pactada. 3.º) Y, subsidia-

(88) Sentencia de 7 de junio de 1969, Col. Leg. Jur. Civil, núm. 381, páginas 128 y ss. Ofirex, S. A., contra Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid en juicio con don Jorge Villén Ecija. Intervienen como abogados don EDUARDO CIERCO SÁNCHEZ, por el recurrente, y don JOSÉ M.ª GIL ROBLES, por la parte actora y recurrida. Nota CUÑAT. RDM, 1969, núm. 114, págs. 617-618.

riamente, la resolución del contrato por vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, pidiendo que se la condene a ésta (y a «Sima Española, Sociedad Anónima», en el caso de que se hubiera subrogado en los derechos de aquélla) a desmontar la maquinaria, devolver las cantidades, indemnizar los daños y perjuicios y pagar los gastos.

Se contesta por «Ofirex» que la propaganda en la que se indicaba la productividad de la maquinaria es irrelevante a los efectos del consentimiento prestado por el señor Villén; que éste no se entendió en sus reclamaciones con la demandada, sino con «Sima Española, S. A.», la cual nada tiene que ver con el contrato ni se ha subrogado en el mismo, y que el demandante no reclamó en relación con los alegados vicios, sino sólo pidió un aplazamiento del pago. Y por «Sima», se contesta alegando no hallarse subrogada en tal contrato.

En la réplica y dúplica se reproducen los mismos argumentos. El Juez de Primera Instancia dicta sentencia estimando, en parte, la demanda; declarando *la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales*; condenando a «Ofirex» a desmontar y retirar la maquinaria, a devolver las cantidades percibidas y a indemnizar daños y perjuicios, y absolviendo a «Sima Española». La Audiencia de Madrid confirma la sentencia.

«Ofirex» recurre ante el Tribunal Supremo, basándose en los siguientes motivos: 1.º Infracción por interpretación errónea del artículo 328 del Código de Comercio, en relación con los artículos 326, 85, 86 y 87, 2.º, 3.º y 1.º, también del Código de Comercio, y con la doctrina legal que los interpreta y se cita más abajo, *ya que a la contestación a la demanda, la recurrente había alegado que el contrato no era compraventa civil, sino mercantil*, y al admitir la pretensión de la actora rechaza la sentencia implícitamente dicha calificación; que el fundamento expreso de este rechazo implícito se encuentra en el considerando de la propia sentencia de Primera Instancia, en el que se declara *el carácter mercantil* (*sic* debe decir «no mercantil») del contrato de autos, de acuerdo con la sentencia de la Sala de 27 de enero de 1945. Cita el recurrente (por lo visto, en contra de tal calificación) las sentencias de 26 de enero de 1926, 16 de febrero de 1933, 10 de febrero de 1936, 4 de abril de 1941, 5 de enero de 1942, 13 de abril de 1943, frente a las de 27 de enero de 1945 y 27 de mayo de 1949. Las de 3 de mayo de 1881, 5 de mayo de 1893, 18 de enero de 1904, 16 de febrero de 1933, 24 de marzo de 1898, 20 de septiembre de 1862, 16 de marzo de 1867, 12 de noviembre de 1881, 11 de noviembre de 1827, 10 de febrero de 1936, 4 de abril de 1941, 13 de marzo de 1943, 26 de septiembre de 1927, 31 de diciembre de 1941 y 5 de enero de 1942.

2.º) Infracción por inaplicación de los artículos 336 y 342, aplicables por la naturaleza mercantil del contrato, pues resulta hecho probado que el actor no efectuó ninguna reclamación en el plazo de cuatro días, y que, además, debió interponerla por la vía judicial del artículo 1.127 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.º) Que la prescripción de la acción resolutoria del artículo 1.124 del Código civil está sujeta, en el caso de que se trate de una compañía mercantil, no a los plazos del civil, sino a los de los artículos 336 y 342 del civil.

4.º) Que la prescripción de la facultad resolutoria, si la compraventa es mercantil, además de regularse por los artículos 336 y 342 del Código de Comercio y 1.127 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se regula también por el artículo 1.490 del Código civil, y que no es plazo de prescripción, sino de caducidad, y por ello no se interrumpe y ha de estimarse de oficio.

La doctrina del Tribunal Supremo es la siguiente: *«Considerando que el primer motivo del recurso... denuncia la interpretación errónea por la sentencia recurrida del artículo 325 del Código de Comercio, en relación a los artículos 326, 85, 86 y 87, 2.º, 3.º y 1.º, del mismo Cuerpo legal, basándose para ello en que el contrato de compraventa de maquinaria para ser instalada en un molino aceitero del comprador debe ser reputado como mercantil, sujeto a las disposiciones del Código citado, y no como civil, regulado por nuestro ordenamiento sustantivo, y habida cuenta la gran dificultad existente para delimitar la línea divisoria entre los citados tipos de compraventa, origen de contradictorias posiciones adoptadas por la doctrina y hasta de (sic) aparente a la jurisprudencia de esta Sala, contenidas en las sentencias citadas en el recurso y en otras muchas, desde las más antiguas, del año 1898, 2 de febrero de 1918 y 4 de octubre de 1904, a las más modernas, de 27 de enero de 1945, 31 de octubre de 1966 y 1 de julio de 1947, etc., demuestra, evidentemente, la imposibilidad de dictar una norma concreta de delimitación y había de estarse en cada caso específico a sus circunstancias peculiares, pero siempre dando preferencia a la norma legal a que deben atenerse los Tribunales en sus decisiones y que se contiene en los preceptos invocados en el motivo, según los cuales la característica esencial de la compraventa mercantil es la intencionalidad del comprador, que ha de ser la de revender las cosas con ánimo de lucro, y siendo ello así y referido al (el) contrato debatido a la compra de maquinaria para la molturación de la aceituna y la extracción de aceite, sin ánimo de revender el molino, ni su maquinaria, ni sus piezas para obtener un lucro en la reventa, el contrato debe reputarse de compraventa civil y sometido a las reglas del Código sus-*

lantino, no se han interpretado erróneamente los preceptos invocados y parece el motivo.»

En consecuencia, y por improcedencia procesal de los demás motivos, rechaza el recurso.

Es necesario advertir que las numerosas sentencias invocadas, tanto por el recurrente como por el mismo Tribunal Supremo, no califican de mercantiles las reventas para uso o consumo, sino que, por el contrario, o bien se trata de claros supuestos de compraventa mercantil o bien de supuestos en que el Tribunal Supremo calificó la reventa para consumo de civil (sentencias de 27 de enero de 1945 y 1 de julio de 1947).

Por último, en la *sentencia de 14 de octubre de 1970* (89), al mantener el Tribunal Supremo la calificación como compraventa civil dada por la Audiencia, rechaza los argumentos de contrario expuestos en los motivos del recurrente, según el cual, el contrato era mercantil, porque la entidad compradora adquirió la maquinaria objeto de litigio para realizar una contrata para otra empresa, encargada de construir un puente sobre el río Ebro en Amposta. Constituye también, pues, verdadera jurisprudencia, con independencia de que el Tribunal apoye también la calificación civil en el hecho de que se había pactado un plazo superior a los treinta días (del art. 342 del Código de Comercio) para la restitución de la garantía por parte del vendedor, lo que, a mayor abundamiento, le sirve para pensar que al contrato no era aplicable el Código de Comercio.

La Sociedad «Sirte, S. A.», había encargado 252 conjuntos de ruedas para el lanzamiento de vigas de hormigón, con sus accesorios, para la construcción de un puente. Habiendo hallado defectos de calidad, pide la resolución del contrato y la restitución del precio más el importe del Impuesto de Tráfico de Empresas, invocando hallarse dentro del plazo de seis meses del artículo 1.490 del Código civil. El demandado alega que se trata de una compraventa mercantil y que por ello ha prescrito la acción de saneamiento, al no haberse hecho la reclamación dentro del plazo de treinta días fijado en el artículo 342 del Código de Comercio.

(89) *Sentencia de 14 de octubre de 1970*. Col. Leg. Jur. Civil, núm. 445, páginas 604 y sigs. Recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por don Andrés Invarato Romero, titular de «Talleres La España», contra *Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid*, en pleito contra la Sociedad «Sirte, S. A.»

Véase nota de VICENTE CUÑAT EDO en *RDM*, 1971, núm. 119, pág. 153, aunque disintimos de su opinión de que el Tribunal Supremo no entra en la calificación de la compraventa por las razones que exponemos en el texto.

Hay que advertir que la invocación que se hace en el recurso de la *Sentencia de 1.º de octubre de 1962* es errónea (aunque puede ser una errata de la Colección Legislativa), pues con esta fecha sólo existe una *Sentencia* que resuelve un problema de competencia en pleito sobre una compraventa mercantil de vinos, no referente, por tanto, a compra de maderas.

El Juez de Primera Instancia estima la demanda, calificando el contrato, por consiguiente, de civil. La Audiencia confirma el fallo.

El vendedor recurre en casación, alegando los siguientes motivos: 1.º) Incongruencia de la sentencia, porque el Juez de Primera Instancia no entró a juzgar la naturaleza del contrato, que según el recurrente era mercantil, «ya que la situación de SIRTE en el presente caso es la del que compra para revender, pues su adquisición al recurrente no es para sí misma, sino para la utilización de una empresa distinta, cual es la que le encomienda, a su vez, EFIOSA, constructora del puente sobre el Ebro en Amposta; que el Juez había admitido la tesis de SIRTE, pero no fundamentaba el rechazo de la tesis contraria. 2.º) Violación del artículo 325 del Código de Comercio, afirmando que concurrían los tres factores de condición de comerciante de SIRTE, intermediación e identidad de la operación de intermediación con la reventa, e invocando la sentencia de 1 de octubre de 1962, en el supuesto de un constructor de obras que concertó un pedido de pino a una fábrica de aserrar y machihembrar madera, entre otros argumentos. 3.º) Violación del artículo 342, en cuanto al plazo de denuncia.

El Tribunal Supremo rechaza la pretensión de incongruencia, así como la forma procesal de alegarla en casación. Argumenta que en el contrato se fijaba un plazo de noventa días para devolver la garantía al vendedor y, sobre todo, ratifica la calificación civil dada al contrato, que no se desvirtúa en las alegaciones del motivo primero del recurso. En efecto, los considerandos tercero y cuarto dicen:

«Que, asimismo, son desestimables las infracciones de preceptos de Derecho material invocadas en dicho motivo primero, relativas a la violación de los artículos 1.282, 1.283 y 1.285 del Código civil, ya que la interpretación del clausulado que forma el contenido de los negocios jurídicos corresponde al Tribunal de Instancia, según reiterada doctrina de esta Sala, y su criterio debe ser respetado en casación mientras no aparezca violento, desorbitado y arbitrario, por pugnar con el texto contractual libremente consentido por las partes, sin que en ningún caso deba admitirse la prevalencia del que éstas forman en su interés sobre el superior e imparcial de los órganos jurisdiccionales.»

«Que firme, por tanto, en casación la calificación del contrato de autos como compraventa civil, necesariamente han de decaer los dos restantes motivos del recurso, procediendo, en consecuencia, la desestimación íntegra de éste.»

(90) *Sentencia de 16 de junio de 1972*, R. Ar., 2.744, págs. 2090 y sigs., aún no publicada en la Colección Legislativa. CUNAT, RDM, núms. 128-129, 1973, páginas 371 y sigs.

La *sentencia de 16 de junio de 1972* (90) rompe, sin embargo, con esta corriente jurisprudencial.

Los actores, don José F. M. y don José F. Z., compraron a don Ramón L. R. diez pequeños *karts*, que se deslizan sobre una pista desmontable, de estructura metálica, con piso de madera, simulando un circuito de carreras, aparatos que nunca llegaron a funcionar en debida forma. Por ello demandan al vendedor, solicitando que se declare nulo o bien resuelto, con la consiguiente nulidad de las letras aceptadas y restitución de 80.000 pesetas por letras ya pagadas, y que se le condene a pagar daños y perjuicios, entre otros pedimentos.

El Juez de Primera Instancia admite la excepción de falta de legitimidad activa de don José F. M. y pasiva del demandado, y admitiendo la reconvenición, condena al demandado a pagar 40.000 pesetas. La Audiencia confirma la sentencia, resolviendo el contrato sin más pronunciamientos. Se interpone recurso de casación por el demandado, que el Tribunal Supremo desestima, considerando: 1.º) Que los coches tenían los defectos denunciados y que el comprador reclamó dentro de los treinta días que señala el artículo 342 del Código de Comercio, aparte que alegándose incongruencia no se invoca el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2.º) Que no cabe alegar error de hecho por la no aplicación de los artículos 336 del Código de Comercio y 1.484 del Código civil. 3.º) Que aunque la acción no fuera ejercitada dentro de los seis meses del artículo 1.490 del Código civil, ello no determina su pérdida, ya que tratándose de compraventa mercantil no es de aplicación dicho precepto, sino el 342 del Código de Comercio, que tan sólo exige la reclamación dentro de los treinta días. 4.º) Que no son de aplicación los artículos 336 del Código de Comercio y 1.484 del Código civil, pues siendo tales coches una innovación del vendedor, excluye que el comprador pudiera conocer los vicios fácilmente (vicios externos). 5.º) Que no se ha interpretado erróneamente el artículo 342 del Código de Comercio, ya que desde la sentencia de 9 de marzo de 1948 se entiende que la reclamación de los vicios puede hacerse extrajudicialmente.

Parece evidente reconocer que en esta sentencia se producen dos hechos igualmente sorprendentes. En primer lugar, que se califica de civil la compra de unos *karts* por quien no piensa revenderlos, sino utilizarlos en su industria. En segundo lugar, que precisamente se aplica el Código de Comercio con la finalidad de proteger al comprador, admitiéndose que una vez hecha la reclamación extrajudicial, la acción de saneamiento no prescribe en el plazo de seis meses del artículo 1.490. Quedaría por resolver en tal caso cuál es su plazo de prescripción. ¿El de quince años previsto para las acciones personales, a falta de plazo específico? Evidentemente, la sentencia tampoco podía calificar el su-

puesto como error en la sustancia, que atribuiría al comprador la acción de nulidad, ejercitable en los cuatro años.

Creemos que la sentencia es difícilmente defendible, desde un punto de vista dogmático, tanto en un aspecto como en otro, aunque la solución del caso haya sido equitativa. La sentencia demuestra, por otro lado, que la materia de la calificación de la compraventa y la alternativa aplicación de uno u otro Código constituye una verdadera caja de sorpresas. Y junto a otras sentencias, de las que ya nos hemos ocupado (especialmente la de 7 de junio de 1969), está clamando por una de estas dos soluciones:

a) O aclarar definitivamente la delimitación del concepto de compraventa mercantil y el régimen civil y mercantil aplicable al contrato.

b) O proceder a la unificación del régimen de la compraventa (junto con el de los demás contratos) promulgando una normativa unitaria adecuada a las exigencias del tráfico actual.

Es obvio que nos inclinemos por la segunda solución. Sin embargo, por el alcance de nuestro trabajo, situado al nivel de *lege data*, no hemos podido más que hacer un esfuerzo en el sentido de la primera.

4. EVOLUCION DEL CONCEPTO DE COMPRAVENTA MERCANTIL EN LA LEGISLACION COMPARADA

A título de apéndice al trabajo doctrinal que antecede y con el fin de enmarcar el problema de la delimitación del contrato de compraventa mercantil en nuestro Derecho, quizá convenga trazar un cuadro, siquiera sea esquemático, de la evolución del concepto en la legislación comparada. Para ello podemos tomar como criterios de delimitación de la especialidad el de las cosas que pueden ser objeto de compraventa mercantil y el de los sujetos que han de intervenir en ella para que sea calificada de este modo. La Ordenanza de Comercio Terrestre francesa de 1673 no contenía ninguna regulación de la compraventa mercantil. El Código de Comercio francés de 1807 sólo dedica a ella el artículo 109 para regular la especialidad de la prueba. Por el contrario, las Ordenanzas de Bilbao de 1737 destinan 14 artículos u «ordenanzas» del capítulo XI a las compraventas «que se hicieren entre comerciantes».

4.1. EN RELACION CON EL OBJETO

Desde el punto de vista del objeto del contrato, la evolución del concepto legal de compraventa mercantil gira en torno al proceso de «extensión» del campo del tráfico de mercaderías al de inmuebles. Podemos

considerar como el estadio inicial de esta evolución la exclusiva referencia a la compraventa de mercaderías o géneros. Posteriormente se amplía el concepto a todas las cosas muebles y a los efectos de comercio y otros títulos valores. Por último, se pasa a incluir expresamente los establecimientos mercantiles y los inmuebles. Ahora bien, éste es un esquema teórico de evolución, que no concuerda con una evolución cronológica paralela en los diversos países.

4.1.1. *La compraventa mercantil, como compraventa de mercaderías*

Las Ordenanzas de Bilbao se refieren en su regulación a la compraventa de «mercaderías» o «géneros» (Ord. IV), «muestras» y «géneros que deban venir por mar o tierra» (Ord. VIII). Es decir, está pensando en la compraventa de cosas muebles caracterizadas por pertenecer al tráfico mercantil y por ser genéricas.

El Código de Comercio de Bolivia de 1834 considera contratos mercantiles los celebrados entre comerciantes, «siempre que recaigan sobre mercaderías, letras u otros valores de comercio endosables» (art. 210), y en la regulación del contrato de compraventa establece que la cosa deberá ser «mueble, consistente en frutos o artefactos, bien sean del país o extranjeros (art. 308, párrafo 1.º).

El Código de Comercio de la República de Guatemala de 1877 califica como mercantiles «las compras y permutas de frutos o artículos exportables, los de efectos y mercaderías que se hacen por mayor...» (art. 3, apartado 1.º).

El Código de Comercio de México de 1887 califica como mercantiles las «adquisiciones, enajenaciones... de mantenimiento, artículos, muebles o mercaderías» (art. 75) y de «artículos o mercaderías» (art. 76).

La misma referencia a «géneros o mercancías» se conserva en los Códigos italianos de Comercio de 1865 y 1882, si bien el último, en su artículo 3, se ve en la necesidad de ampliar expresamente el concepto a «las obligaciones del Estado u otros títulos de crédito circulantes en el comercio» y, como veremos, también a los inmuebles. También los Códigos alemanes de 1861 (arts. 337 y ss.) y de 1897 (arts. 373 y ss.) se refieren a «mercaderías» en su regulación de la compraventa. El artículo 381 del Código vigente establece que «los preceptos de esta sección relativos a la compraventa de mercaderías son aplicables a la venta de valores públicos, mercantiles o industriales».

4.1.2. *La compraventa mercantil, como compraventa de cosas muebles*

El estadio más generalizado de evolución limita el concepto de compraventa mercantil a lo concerniente a bienes muebles. Así lo hace el

Código de Comercio español de 1829 en su artículo 359, y lo continúa manteniendo el Código vigente en su artículo 325, a pesar de las declaraciones de la Exposición de Motivos y de la doctrina, que pretende extender el régimen de la compraventa mercantil al tráfico profesional y especulativo de inmuebles.

Entre los Códigos iberoamericanos, limitan la compraventa a los bienes muebles el de Bolivia (art. 308); el de Argentina, que excluye expresamente la de «bienes raíces y muebles accesorios» (art. 452), al igual que hace el de Uruguay (art. 516) y la Exposición de Motivos del de Guatemala.

El Código de Comercio alemán vigente continúa limitando la compraventa mercantil al tráfico profesional de cosas muebles (art. 1, apartado 1.º), aunque en los artículos 373 y siguientes, como hemos dicho, se refiere insistentemente a «mercaderías» y a valores mobiliarios (artículo 381). Aunque no se ha considerado necesario reproducir el artículo 275 del Código de 1861, según el cual, «los contratos referentes a bienes inmuebles no son jamás actos de comercio».

4.1.3. *La extensión de la compraventa mercantil a los bienes inmuebles*

El ingreso de los inmuebles en el ámbito de la compraventa mercantil se inicia con la incorporación de la compraventa de establecimientos mercantiles, que ya PARDESSUS había reconocido como mercantil (91). Así lo hace el Código de Comercio de Chile, en su artículo 3, apartado 2.º, y el Código de Venezuela de 1916, en su artículo 2, apartado 3.º, que incluye igualmente la de acciones o cuotas de una sociedad mercantil.

La inclusión expresa de los bienes inmuebles en la compraventa mercantil se produce en el Código italiano de 1882, cuyo artículo 3.º, apartado 3.º, reputa mercantiles «las compras y reventas de bienes inmuebles cuando sean realizadas con fin de especulación comercial». De esta manera se resolvía en sentido afirmativo la discusión doctrinal que sobre el tema se había originado en Francia y en Italia ante el silencio de sus respectivos Códigos (92). Siguen el ejemplo del Código italiano los de México de 1887 (art. 75, apartado II) y de Portugal de 1888 (art. 463, apartado 4.º).

(91) PARDESSUS, *ob. cit.*, tomo I, pág. 20, aunque refiere el carácter comercial de manera expresa tan sólo a la «venta» que hace del establecimiento su titular, sin pronunciarse sobre la «compra» que realiza la contraparte (y que no sería para revender).

(92) VIDARI, E.: *Il nuovo Codice di commercio*, Milano, 1884, pág. 4.

4.2. EN RELACIÓN CON LOS SUJETOS

La evolución legislativa de la delimitación de la compraventa mercantil, desde el punto de vista de los sujetos, puede analizarse en cuatro etapas: 1.^a) Su configuración profesional como compraventa entre comerciantes. 2.^a) Su configuración como acto de comercio objetivo, caracterizado por el ánimo de especulación del comprador. 3.^a) Su extensión a todas las compraventas en las que interviene un comerciante en el ejercicio profesional de su comercio, incluidas las compraventas mixtas. 4.^a) La unificación del régimen jurídico de la compraventa.

4.2.1. *La configuración profesional de la compraventa mercantil*

Ya hemos dicho que en Derecho español las Ordenanzas de Bilbao dedican el capítulo XI a las compraventas «que se hicieren entre comerciantes».

El Código de Bolivia de 1834 recoge aún la concepción de la compraventa mercantil como contrato celebrado entre comerciantes, en un estilo extraordinariamente claro. Sus artículos 209 y 210 reputan contratos mercantiles todos los que celebren los comerciantes con los agentes auxiliares de comercio y entre sí, y el artículo 224 establece tajantemente que «ningún contrato celebrado por los que no ejerzan habitualmente el comercio podrá ser mercantil, aun cuando haya recaído sobre mercaderías, letras u otros valores endosables». Dentro de esta concepción, el artículo 308 dispone: «*Para que la venta de una cosa pueda reputarse mercantil es preciso que concurren simultáneamente las circunstancias siguientes:* 1.^a) Que sea mueble, consistente en fruto o artefactos, bien sean del país o extranjeros. 2.^a) Que el que los venda ejerza habitualmente actos positivos de comercio. 3.^a) Que se compre para revenderse».

4.2.2. *La compraventa mercantil definida como acto objetivo de comercio*

Por el contrario, el Código de Comercio español de 1829, a pesar de basarse en una sistemática fundamentalmente profesional o subjetiva (libro I) y no contener aún una definición de los contratos de comercio (libro II), aborda la definición de la compraventa mercantil con una metodología objetivista, atendiendo al ánimo del comprador (que puede ser o no comerciante) en el caso concreto, de igual forma que hace el Código vigente (93). Tanto uno como otro Código conservan en el texto legal la referencia a las cosas muebles.

(93) Ello no obstante, forzoso es destacar que casi todos los contratos incluidos en el Código de Comercio lo son en atención a la condición de empresario

Esta metodología se observa en todos los Códigos iberoamericanos promulgados posteriormente, los cuales abordan ya la definición de los actos de comercio siguiendo la técnica de enumeración *ad exemplum*.

En casi todos ellos se reproduce la calificación de mercantil de la reventa de las cosas adquiridas para revenderlas, pero inmediatamente se excluye la reventa para consumo. Así, en el Código de Chile de 1865, en su artículo 3.º, después de calificar como acto de comercio «la compra y permuta de cosas muebles hecha con ánimo de venderlas, permutarlas o arrendarlas en la misma forma o en otra distinta y la venta, permuta o arrendamiento de *estas mismas cosas*», aclara que, sin embargo, no son actos de comercio «la compra o permuta de objetos destinados a complementar accesoriamente las operaciones principales de una industria no comercial». Y de su Exposición de Motivos o «Mensaje del Ejecutivo» se deduce que las reventas sólo serán mercantiles si el comprador tiene ánimo de revender con lucro: «El objeto inmediato y directo de la compraventa civil, aunque verse sobre cosas muebles, es el uso o consumo privativo del adquirente, *el de la compraventa mercantil es la consecución de una ganancia mediante la reventa o el alquiler del mero uso de la cosa comprada.*»

El Código de la República Argentina, en su artículo 8.º, considera acto de comercio: «1.º) Toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o de un derecho sobre ella para lucrar con su enajenación, bien sea en el estado que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menos valor. 2.º) La transmisión a que se refiere el inciso anterior.» Ahora bien, la calificación mercantil de la reventa para uso y consumo queda descartada por el artículo 451, según el cual «sólo se considera mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas... o para alquilar su uso», y por el artículo 452, según el cual no se considera mercantil la compra «de objetos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se hace la adquisición».

El Código de la República de Uruguay de 1866, en su artículo 7.º, reputa acto de comercio «toda compra para revenderla o alquilar el uso de ella...»; en su artículo 515, «sólo se considera mercantil la compra

mercantil de uno de los contratantes: así, en los de comisión (art. 244), depósito (art. 303), préstamo (art. 313), transporte (art. 349), seguro (art. 380), contratos bancarios (art. 175), etc., todos ellos, pues, «contratos mixtos»; o incluso se exige la exclusiva presencia de comerciantes, como en el contrato de cuentas en participación (art. 239).

Es precisamente la definición del contrato de compraventa la única que hace abstracción, al menos parcialmente, de la profesionalidad de los contratantes. Sin embargo, precisamente es éste, por paradoja, el contrato en el que más claramente se subentiende la presencia de dos empresarios mercantiles. O lo que es lo mismo, uno de los pocos contratos del Código de Comercio que no aparece concebido como contrato mixto.

o venta de cosas muebles para revenderlas... o para alquilar su uso...», y su artículo 516, 2.º, no considera mercantiles las compras «de objetos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se hiciera la adquisición».

El Código de Comercio de la República de Guatemala de 1877, en su artículo 3.º, apartado 1.º, califica como negocios mercantiles «las compras y permutas de frutos o artículos exportables, las de efectos y mercaderías que se hacen por mayor y con el objeto de lucrar el comprador o permutante en lo mismo que ha comprado o permutado». A juicio de la Comisión redactora del Código, «tres son los caracteres distintivos del acto comercial, la especulación, que ésta sea por mayor y a título oneroso y que recaiga sobre bienes muebles...».

El Código de Comercio de México de 1887, en su artículo 75, reputa actos de comercio todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial..., en tanto que, según el artículo 76, «no son actos de comercio la compra de artículos o mercaderías que para su uso o consumo o los de su familia hagan los comerciantes...». En el artículo 371, tratando específicamente del contrato de compraventa, dice que serán mercantiles «las compraventas a las que este Código les da tal carácter y todas las que se hagan con el objeto directo y preferente de traficar».

La misma ambigüedad entre los dos tipos de reventa se plantea y desvanece también en el Código portugués de 1888. Según su artículo 463, son consideradas mercantiles «las compras de cosas muebles para revender en bruto o trabajadas o simplemente para alquilarlas en uso» (párrafo 1.º), y «la venta de cosas muebles en bruto o trabajadas y las de títulos públicos o de cualesquiera títulos de crédito negociables, cuando la adquisición hubiese sido realizada con intención de revenderlas». Pero su artículo 464 desvanece toda duda sobre la calificación de la reventa para uso y consumo, cuando no considera comerciales «las compras de cualesquiera cosas muebles destinadas al uso o consumo del comprador o de su familia y las reventas que por ventura puedan hacerse de tales objetos».

Más claramente aún en el Código de Comercio de Venezuela de 1919, cuyo artículo 2, párrafo 1.º, considera «actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente: 1.º) La compra, permuta o arrendamiento de cosas muebles hecha con ánimo de revenderlas, permutarlas, arrendarlas o subarrendarlas en la misma forma o en otra distinta, y la reventa, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas». Pero su artículo 5 establece con gran claridad que «no son actos de comercio la compra de frutos, de mercancías u otros efectos

para el uso o consumo del adquirente o de su familia ni la reventa que haga de ellos».

4.2.3. *La extensión del concepto de compraventa mercantil a las compraventas mixtas*

Hay que llegar a los Códigos alemán de 1861 e italiano de 1865 para asistir a la extensión del régimen de la compraventa mercantil a las compraventas mixtas.

Según el Código general de Comercio alemán (ADHGB) de 1861 (convertido en Ley Federal en virtud de la Ley de 5 de junio de 1869), en su artículo 271, párrafo 1.º, establece que son actos de comercio «la compra y cualquiera otra adquisición, realizada con vistas a la reventa de mercancías u otras cosas muebles, de títulos del Estado, acciones u otros títulos de comercio...». El artículo 273 establece que «todos los actos aislados de un comerciante que se refieren al ejercicio de su comercio son considerados como actos de comercio. Así ocurre, en particular, en la reventa de las mercancías, cosas muebles y efectos públicos adquiridos para ser revendidos, así como la adquisición de útiles, material y otras cosas muebles destinadas a ser directamente empleadas o consumidas por el comerciante en el ejercicio de su comercio». El artículo 274 dispone que «los actos estipulados por un comerciante, en caso de duda, se presumen referidos a su comercio». Por último, el artículo 277 cierra el sistema del ADHGB sancionando el fenómeno de extensión del Derecho mercantil a todos los «actos mixtos», al establecer: «El acto que no es acto de comercio más que por parte de uno de los contratantes, no por ello deja de estar regulado, con respecto a ambos contratantes, por las disposiciones del presente libro, a menos que resulte de las mismas disposiciones que no son aplicables más que a aquel contratante para quien el acto es un acto de comercio.» Es de resaltar que, salvo algunas especialidades que para la regulación general de los contratos mercantiles se establecen en los artículos 278 y siguientes en las relaciones entre comerciantes, en la minuciosa y excelente regulación de la compraventa (arts. 337 y ss.) no se establece ninguna derogación ni especialidad en atención a la circunstancia de que el contrato se estipule entre comerciantes. De modo que el Código alemán de 1861 realiza la más absoluta extensión del régimen mercantil de la compraventa a todos los contratos en los que interviene, como comprador o vendedor, un comerciante. De este modo, la regulación consuetudinaria de las compraventas entre comerciantes y los usos mercantiles se aplicarían con preferencia al Derecho civil a los no comerciantes (el art. 1 de este Código establece ya la jerarquía de normas, que luego habrán de recoger los Códigos ita-

lianos y el Código español de 1885 en su art. 2). Por el contrario, el Código de Comercio alemán de 1897, hoy vigente, tiene en cuenta la distinción de compraventas mercantiles entre comerciantes y compraventas mercantiles «mixtas», en sus artículos 377 y 379, además de que, con carácter general, sólo establece la aplicación de los usos del comercio a las relaciones entre comerciantes (art. 346) (94).

La misma extensión a las compraventas mixtas se produce en el Código de Comercio italiano de 1865 y en el de 1882, en este punto coincidentes. El Código de 1882, en su artículo 3, reputaba actos de comercio: 1.º Las compras de géneros o de mercancías para revenderlas, bien *in natura* o bien después de haberlas elaborado o puestas «en obra» o incluso sólo para darlas en alquiler... 2.º *Las ventas de géneros, las ventas y arrendamientos de mercancías «in natura» o elaboradas..., cuando la adquisición haya sido hecha con fin de reventa o de arrendamiento.*

VIDARI, en relación con este precepto (95), explica que «lo que vale para la compra con intención de revender, debe valer también para la reventa de lo que fue adquirido con tal intención».

4.2.4. *La unificación del régimen de la compraventa*

Queda por puntualizar que en el Código suizo de obligaciones y en el Código civil italiano se refunde y unifica el régimen de la compraventa, con la peculiaridad de que el Código suizo continúa distinguiendo entre «materia de comercio» (96) (contratos celebrados entre comerciantes) y lo que podríamos denominar «materia común» (actos mixtos).

Hay que advertir, sin embargo, que el Código suizo de obligaciones no establece las normas delimitadoras de la «materia de comercio», por lo que habrá que estar a cada caso concreto, atendiendo, sobre todo, al hecho de que el contrato satisfaga necesidades del tráfico profesional, es decir, que se estipule entre comerciantes. Por el contrario, en el Código italiano se produce la absoluta unificación del régimen de las obligaciones y contratos, si bien algunos de éstos presuponen la presencia de dos empresarios mercantiles, ya que sólo entre ellos se pueden estipular en la práctica. Pero en relación con la compraventa, ninguna especialidad se establece en atención a la condición de los sujetos que intervengan en el contrato.

Se parte de la idea de que la regulación legal protege suficientemente a ambas partes, y concretamente al comprador, incluso cuando se trata

(94) Ver texto de estos preceptos en nota 63.

(95) VIDARI, E.: *Il nuovo Codice di commercio*, Milano, 1884, pág. 4.

(96) Ver nota 65.

de una compraventa «mixta», en la que sólo una parte es empresario mercantil (97).

5. CONCLUSIONES

Primera.—La delimitación del concepto de compraventa mercantil es problema de gran interés científico, práctico y pedagógico. Para su solución debe atenderse a la evolución histórica, a la regulación positiva, a las nociones dogmáticas utilizadas en la exégesis de la legislación especial y al aspecto teleológico de la normativa del contrato contenida en el Código de Comercio.

Segunda.—En su origen, la compraventa mercantil es esencialmente un contrato celebrado entre comerciantes y referido al tráfico de mercaderías. Ello debe tenerse en cuenta cuando *de lege data* se plantea el tema de la extensión de este régimen a un ámbito más amplio de supuestos.

Tercera.—En nuestro Código de Comercio, la compraventa mercantil se define con arreglo a dos nociones fundamentales: 1.ª) Ha de versar necesariamente sobre cosas muebles. En consecuencia, en ningún caso puede ser mercantil la venta de inmuebles, ni tampoco la de empresa o establecimiento mercantil que, como todos los demás negocios sobre la empresa, es un contrato que se rige exclusivamente por el Código civil. 2.ª) Ha de estipularse entre vendedor, que no sea agricultor, ganadero, artesano ni consumidor, y comprador, que adquiera la cosa para su venta con o sin transformación.

La configuración legal como acto objetivo de comercio hace que pueda aplicarse el Código de Comercio cuando el comprador realiza un acto aislado de especulación, aunque no sea empresario mercantil dedicado profesionalmente a la compra y reventa. Ello no obstante, teniendo en cuenta los datos de la definición legal, podemos afirmar que el ámbito sociológico, que queda esencialmente sometido al Código de Comercio, está integrado por las compraventas estipuladas sobre mercaderías y sobre materias primas, entre comerciantes o industriales, por parte vendedora, y comerciantes o industriales, por parte compradora. Se excluye, por

(97) Sobre todos estos puntos, BROSETA, M.: *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, Madrid, 1965, págs. 207 y sigs., 211 y sigs. y 287-288. También, precisando su pensamiento en polémica con el profesor RUBIO, en el comentario a la obra de éste, «Introducción al Derecho mercantil» (ADC, 1971, págs. 1005-1006), donde afirma que la protección de la parte no comerciante en los contratos mixtos, aun cuando se califiquen de mercantiles, vendrá mediante una «enérgica y 'social' previsión legislativa» y no por su simple calificación de civiles.

tanto, la compraventa estipulada por un comprador que sea consumidor, comerciante o industrial, cuando el objeto esté destinado a ser consumido o bien a ser instalado o utilizado particularmente o en la empresa del comprador.

Cuarta.—La reventa para uso o consumo es, por consiguiente, un contrato civil. Los argumentos esgrimidos por la tesis mercantilista no pueden desvirtuar la claridad con que el supuesto queda excluido, tanto en el Código de 1829 como en el vigente.

Quinta.—El llamado argumento de equidad por sí mismo no puede decidir la calificación del contrato. Ello no obstante, el análisis comparativo de la regulación de la compraventa en ambos Códigos nos permite afirmar que, en conjunto, también el comprador está mejor protegido por el Código civil, sobre todo teniendo en cuenta que de este modo no se le aplicará el régimen más riguroso de perfección, interpretación, jerarquía de normas (usos del comercio) de los contratos mercantiles. También nos enseña este análisis comparativo que las soluciones de ambos Códigos no son tan dispares como tiende a presentarlas la doctrina.

Sexta.—La Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles de 17 de julio de 1965, poco afortunada, tanto en su elaboración legislativa como en su posterior recepción por la doctrina, regula esencialmente un contrato de reventa para uso o consumo. Es decir, un contrato civil.

Séptima.—La evolución de la legislación comparada nos muestra que el problema de la delimitación del contrato de compraventa mercantil sufre la influencia de una serie de fenómenos decisivos en la evolución y configuración del Derecho mercantil:

a) La «extensión» del ámbito de relaciones reguladas por la ley especial, que se refleja en el contrato de compraventa mercantil al pasar de ser un contrato profesional celebrado entre comerciantes y sobre mercaderías, a comprender todos los celebrados por un empresario mercantil, cualquiera que sea la otra parte, y también el tráfico especulativo de inmuebles.

b) La «objetivación» del contrato, prescindiendo de la cualidad profesional de los sujetos, tomando como hipótesis o supuesto de hecho la compraventa especulativa, sea o no aislada, está en el centro del intento de los Códigos del siglo pasado de convertir el Derecho mercantil en un Derecho especial de los «actos objetivos de comercio», de los actos especulativos. Esta objetivación legal tuvo escasa trascendencia práctica. Si se analiza la configuración de los contratos que integran el contenido de estos Códigos de Comercio, y en especial del nuestro vigente, podemos

comprobar que la presencia de un empresario mercantil es el presupuesto verdadero y *ratio legis* de la especialidad. Así lo hemos podido comprobar en el análisis de los artículos 325 y 326 del Código, que constituyen el mayor esfuerzo de definición «objetiva» de un contrato mercantil. Por otro lado, como ha demostrado nuestra mejor doctrina, la «objetivación» legal supuso una equivocada interpretación del fenómeno de «generalización» de muchas instituciones y contratos mercantiles, en virtud de la cual deberían haberse codificado entonces, o codificarse ahora, como instituciones civiles o comunes.

c) La unificación del Derecho de obligaciones y contratos, con una doble modalidad, según se continúen o no reconociendo especialidades para las relaciones entre empresarios mercantiles (Código suizo de obligaciones y Código civil italiano, respectivamente), afecta también de una manera frontal a la configuración de la compraventa.

Octava.—El vidrioso problema de la delimitación del contrato de compraventa mercantil, así como las dificultades derivadas de la dualidad de régimen, invitan a postular, evidentemente, la unificación del Derecho de obligaciones y contratos en el Derecho español. En la regulación única de la compraventa deberán prevalecer las soluciones dadas por el Código de Comercio, más adecuadas al tráfico actual.

FRANCISCO VICENT CHULIÁ

Profesor Adjunto de Derecho mercantil
de la Facultad de Derecho de Valencia