

TEMA 5. COMPRAVENTAS ESPECIALES.

1. Introducción.

Como se ha señalado en los temas precedentes, la compraventa mercantil regulada en el Código de Comercio no incluye, en principio, las operaciones de reventa al consumidor final, que quedan excluidas del concepto de compraventa mercantil de los artículos 325 y siguientes.

Tradicionalmente, este tipo de operaciones se ha regido por un conjunto heterogéneo de normas, entre las que destacaban el propio Código de Comercio, la legislación de ordenación del comercio minorista y la normativa específica de protección de los consumidores. Esta superposición normativa dio lugar durante años a un sistema fragmentado, asistemático y poco coherente.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y que ha sido objeto detallado de análisis en un tema anterior, ha venido a desempeñar un papel central de sistematización, desplazando en gran medida la aplicación directa de otras normas sectoriales en el ámbito contractual.

El Anteproyecto de Código Mercantil de 2014 contempló determinadas modalidades especiales de compraventa mercantil, pero dicho proyecto no llegó a prosperar, por lo que estas figuras deben analizarse hoy exclusivamente a la luz del Derecho vigente.

2. La compraventa minorista.

La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) constituye una norma de carácter predominantemente administrativo, cuyo objetivo principal es regular la actividad del comercio minorista desde la perspectiva de la disciplina de mercado, las competencias administrativas y el régimen sancionador.

No obstante, la LOCM incorporó también disposiciones de naturaleza contractual y protectora del comprador, lo que dio lugar a una notable superposición con la normativa de consumo y con la legislación civil y mercantil general.

En la actualidad, la mayor parte de las cuestiones contractuales relativas a la compraventa minorista —derecho de desistimiento, garantías, conformidad del bien, información precontractual— se rigen de forma preferente por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, quedando la LOCM relegada, en este ámbito, a un papel residual y complementario.

La relevancia actual de la LOCM debe situarse, por tanto, principalmente en su dimensión administrativa y organizativa del comercio minorista, así como en la regulación de determinadas modalidades de venta y actividades promocionales, sin perjuicio de la aplicación preferente de la normativa de consumo en las relaciones contractuales con consumidores.

La LOCM, en una desenfrenada carrera, se lanza a regular materias muy dispersas:

- modificaba - sin decirlo expresamente - la LDCU en materia de garantía y servicio postventa (art. 12);
- vuelve a regular la venta a pérdidas y la venta con obsequios, ya regulados en la Ley de Competencia Desleal (cfr. arts. 14 y 32 LOCM y arts. 8 y 17 LCD) - coexistiendo ambos regímenes jurídicos;
- regula la compra de bienes por comerciantes minoristas para revenderlos, compras que hasta ahora estaban regulados en el C.Com. (art. 17 LOCM);
- regula todo tipo de ventas especiales desde el punto de vista administrativo y mercantil (ventas en rebajas, en oferta, en liquidación, con obsequio, a distancia, automática, ambulante, en pública subasta).

El resultado es que la LOCM es una mezcolanza que sin mucho orden o concierto regula de todo: desde la “segunda licencia” necesaria para instalar grandes establecimientos (art. 6), pasando por la autorización municipal para que un vendedor ambulante venda chorizos en el mercado (art. 54), el derecho de desistimiento del comprador en el contrato de compraventa (art. 10), la libertad de precios (art. 13) o la forma de los contratos (art. 11).

Para hacer el conjunto más inconexo, la LOCM no utiliza ninguno de los conceptos de otras leyes de su entorno: p. e. no hay referencia alguna a “consumidor o usuario”, por lo que el ámbito protector de la LOCM cubre también a los empresarios que adquieran bienes en comercio minoristas, aunque los integren en su proceso productivo.

Y, para acabar de rematar el estado de hipertrofia legislativa¹ y fragmentación normativa del mercado, no puede desatenderse la legislación autonómica, de aquellas comunidades que tienen transferidas competencias en esta materia (¡todas!).

¹ A modo de espeluznante ejemplo, baste señalar que las normas homólogas de las CC.AA. que afectan al artículo 1 LOCM son:

- Comunidad Autónoma de **Andalucía**: Ap. 2 regulación homóloga a art. 3 de Ley 1/1996, de 10 enero LAN\1996\20; Ap. 1 regulación homóloga a art. 1 de Ley 1/1996, de 10 enero LAN\1996\20;
- Comunidad de **Aragón**: Ap. 2 regulación homóloga a art. 2 de Ley 9/1989, de 5 octubre LARG\1989\131; Ap. 1 regulación homóloga a art. 1 de Ley 9/1989, de 5 octubre LARG\1989\131;
- Comunidad Autónoma de **Canarias**: Ap. 2 regulación homóloga a art. 2.ap. 1 de Ley 4/1994, de 25 abril LCAN\1994\96; Ap. 1 regulación homóloga a art. 1 de Ley 4/1994, de 25 abril LCAN\1994\96;
- Comunidad Autónoma de **Cataluña**: Ap. 2 regulación homóloga a art. 2.ap. 1 de Decreto Legislativo 1/1993, de 9 marzo LCAT\1993\253; Ap. 1 regulación homóloga a art. 1 de Decreto Legislativo 1/1993, de 9 marzo LCAT\1993\253;
- Comunidad de **Madrid**: Ap. 2 regulación homóloga a art. 2 de Ley 16/1999, de 29 abril LCM\1999\246; Ap. 1 regulación homóloga a art. 1 de Ley 16/1999, de 29 abril LCM\1999\246;
- Comunidad Autónoma de **Cantabria**: Ap. 2 regulación homóloga a art. 2.ap. 3 de Ley 1/2002, de 26 febrero LCTB\2002\50; Ap. 1 regulación homóloga a art. 1 de Ley 1/2002, de 26 febrero LCTB\2002\50.
- Comunidad Autónoma de **Castilla y León**: Ap. 2 regulación homóloga a art. 3.ap. 1 de Ley 16/2002, de 19 diciembre LCyL\2002\628.; Ap. 2 regulación homóloga a art. 2 de Ley 16/2002, de 19 diciembre LCyL\2002\628; Ap. 1 regulación homóloga a art. 1 de Ley 16/2002, de 19 diciembre LCyL\2002\628.
- Comunidad Autónoma de **Extremadura**: Ap. 2 regulación homóloga a art. 4 de Ley 3/2002, de 9 mayo LEXT\2002\134; Ap. 1 regulación homóloga a art. 1.ap. 1 de Ley 3/2002, de 9 mayo LEXT\2002\134.
- Comunidad Autónoma de **Galicia**: Ap. 2 regulación homóloga a art. 2.ap. 3 de Ley 10/1988, de 20 julio LG\1988\179; Ap. 1 regulación homóloga a art. 1.ap. 1 de Ley 10/1988, de 20 julio LG\1988\179.
- Comunidad Autónoma de les **Illes Balears**: Ap. 2 regulación homóloga a art. 2 de Ley 11/2001, de 15 junio LIB\2001\229; Ap. 1 regulación homóloga a art. 1 de Ley 11/2001, de 15 junio LIB\2001\229.
- Principado de **Asturias**: Ap. 1 regulación homóloga a art. 1 de Ley 10/2002, de 19 noviembre LPAS\2002\311

Obligación al vender: todo comerciante está obligado a vender los productos cuya venta ofrece o que expone en su establecimiento. No es lícito que el comerciante limite la cantidad de artículos que pueden ser adquiridos por cada comprador ni establecer precios más elevados o suprimir reducciones para las compras que superen un determinado nivel. Si no dispone de existencias suficientes, se debe atender a la prioridad temporal de la solicitud (art. 9 LOCM).

Forma: La compraventa minorista se rige por el principio general de libertad de forma. En la práctica, se trata del contrato consensual por excelencia, que se perfecciona normalmente de manera verbal o mediante actos concluyentes.

Las exigencias formales específicas que tradicionalmente se contenían en la legislación sectorial han quedado hoy integradas y superadas por la normativa general de consumo y por la regulación de la contratación electrónica. En particular, los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil o a distancia se rigen por el TR LDCU y por la normativa europea de protección del consumidor, sin exigencias formales adicionales más allá de las previstas en dicho marco normativo.

En consecuencia, las reglas sobre forma y documentación del contrato deben analizarse hoy de manera unitaria desde la perspectiva del Derecho de consumo, conforme a lo estudiado en el Tema 2.

Libertad de precios: en principio, los precios de los productos son libremente establecidos por los vendedores, siempre que no incidan en las prácticas prohibidas por la legislación de defensa de la competencia y de competencia desleal (¿cuáles eran?); la ley, sin embargo, otorga un amplísimo poder al Gobierno para que fije los precios o los márgenes en multitud de situaciones (ver art. 13.2. LOCM).

Derecho de desistimiento: El derecho de desistimiento constituye uno de los instrumentos esenciales de protección del consumidor en la compraventa minorista, especialmente en los supuestos de contratación a distancia y fuera del establecimiento mercantil.

Este derecho se rige actualmente de forma unitaria por el TR LDCU, conforme a la normativa de armonización europea, y permite al consumidor dejar sin efecto el contrato sin necesidad de justificar su decisión, dentro del plazo legalmente establecido.

La regulación del desistimiento contenida en la LOCM ha quedado desplazada por la normativa de consumo vigente, por lo que su análisis debe remitirse a lo expuesto en el Tema 2, evitando duplicidades y contradicciones normativas.

Saneamiento por evicción: no cabe en las ventas realizadas en un establecimiento pues el comprador no puede ser desposeído. Esta es la única regla del C.Com. que permanece en vigor (art. 85 C.Com. que usa la arcaica expresión que la compra “causa prescripción de derecho a favor del comprador”). Su relevancia práctica es más bien escasa.

Saneamiento por vicios y régimen de garantías: El régimen tradicional de saneamiento por vicios ocultos previsto en el Código Civil resulta insuficiente para la protección del comprador minorista y ha sido ampliamente desplazado en la práctica por la normativa de consumo.

- Región de **Murcia**: Ap. 2 regulación homóloga a art. 1.ap. 2 de Ley 11/2006, de 22 diciembre LRM\2007\4; Ap. 1 regulación homóloga a art. 1.ap. 1 de Ley 11/2006, de 22 diciembre LRM\2007\4.

En la actualidad, las cuestiones relativas a la falta de conformidad de los bienes, las garantías legales y los remedios contractuales del comprador se rigen de forma preferente por el TR LDCU, conforme al régimen armonizado establecido por el Derecho de la Unión Europea.

En consecuencia, el análisis detallado del régimen de garantías en la compraventa minorista debe realizarse a la luz de dicha normativa, remitiéndose a lo estudiado en el Tema 2, sin perjuicio de la aplicación residual del Código Civil en los supuestos no cubiertos por el Derecho de consumo.

La reforma de la LOCM de 2010: para acabar de complicar la normativa, y al objeto de transponer en nuestro ordenamiento la Directiva 2006/123/CE (conocida como la *Directiva de Servicios*), se aprobó la Ley 1/2010, de reforma de la LOCM. Las modificaciones que introduce la ley giran en torno a las siguientes cuestiones fundamentales:

En primer lugar, en materia de establecimientos comerciales, se señala que, con carácter general, la instalación de establecimientos comerciales no estará sujeta a régimen de autorización. No obstante, de acuerdo con lo establecido por la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, las autoridades competentes podrán establecer un régimen de autorización administrativa para la instalación de establecimientos comerciales únicamente cuando esté justificado por razones imperiosas de interés general amparadas por la normativa de la Unión Europea y de acuerdo con requisitos y procedimientos que deberán justificarse de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Además, las Comunidades Autónomas deberán identificar en sus respectivas regulaciones, de forma objetiva y previsible, las razones que motivan el establecimiento de estos regímenes y el impacto estimado de los mismos. Los requisitos que se establezcan para el otorgamiento de estas autorizaciones habrán de atender conjuntamente a criterios basados en razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial, como son la protección del medio ambiente y el entorno urbano, la ordenación del territorio, la conservación del patrimonio histórico artístico y la protección de los consumidores entendida conforme a lo dispuesto en el TR LDCU.

A la hora de someter a autorización administrativa la instalación de establecimientos comerciales, deben tomarse en consideración los estudios de la doctrina científica, según la cual podría generar impacto ambiental y territorial la instalación y apertura de establecimientos comerciales a partir de los 2.500 metros cuadrados de superficie comercial. En este sentido y teniendo en cuenta la información técnica disponible sobre el impacto urbanístico y medioambiental de los distintos tipos de establecimientos comerciales, se considera que, aunque en general no resulte justificado el ejercicio de la potestad autorizadora, la ley debe prever que, una vez garantizado el principio de proporcionalidad y el cumplimiento de otros criterios de buena regulación, puedan establecerse regímenes de autorización para establecimientos comerciales.

Puesto que, por ser contrarios a la Directiva 2006/123/CE, en ningún caso podrán establecerse requisitos de naturaleza económica, se suprimen los criterios económicos de otorgamiento de la autorización. Además, los criterios que en su caso se establezcan para la concesión de la autorización deberán ser claros e inequívocos, predecibles, transparentes, accesibles y hechos públicos con antelación, tal y como

exige la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (conocida como la *Ley ómnibus*).

En cuanto a la regulación del procedimiento de autorización, que coordinará todos los trámites administrativos para la instalación de establecimientos comerciales, se remite a la normativa de las Comunidades Autónomas. En todo caso, las autorizaciones se concederán por tiempo indefinido, se referirán únicamente a las condiciones del establecimiento físico, impidiendo que se exijan nuevas autorizaciones por cambio de titularidad o sucesión de empresas una vez que en su día se comprobara el impacto del establecimiento, de acuerdo con las exigencias de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, y su otorgamiento se realizará por silencio positivo a falta de resolución administrativa expresa como medida de simplificación administrativa dirigida a facilitar el acceso a la actividad. También se prohíbe la intervención de competidores en los procedimientos de autorización que en su caso se establezcan para la instalación de establecimientos comerciales.

Con el fin de eliminar toda autorización innecesaria que suponga una traba injustificada a la libertad de establecimiento, se suprime la autorización previa para ejercer la actividad de venta automática que otorgaban las autoridades competentes en materia de comercio y se remite a la normativa técnica que resulte de aplicación.

En segundo término, se modifica la regulación contenida en la Ley 7/1996, de 15 de enero, en materia de infracciones y sanciones. La competencia en materia de inspección y sanción corresponde a las Comunidades Autónomas y la ley parte del pleno respeto a las competencias autonómicas en esta materia. El objetivo de esta nueva regulación es adecuar la cuantía de las sanciones a la realidad económica del momento e introducir un nuevo criterio, relativo a la capacidad o solvencia económica de la empresa, que, junto con los ya contemplados en la ley, ayude a una graduación de las sanciones que tenga en cuenta las características de la empresa infractora a efectos de la repercusión de la infracción cometida en el sector de la distribución comercial, de modo que las sanciones produzcan efectivamente el efecto disuasorio y represivo que persiguen.

Se procede, en aras de la mayor claridad, a dar nueva redacción a la disposición final única de la Ley 7/1996, de forma que permita conocer los títulos competenciales que amparan cada uno de sus artículos y su carácter básico o no.

Por último, se añaden cinco nuevas disposiciones adicionales, que establecen que las Administraciones Públicas competentes que incumplan lo dispuesto por el ordenamiento comunitario en la materia objeto de esta ley, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieren derivado, y asimismo se subraya la obligación de llevar a cabo, en su caso, la evaluación de impacto ambiental con carácter previo a la declaración responsable o comunicación cuando ésta sea la forma de control de la actividad. Se incluye también una nueva disposición adicional referida a las condiciones de accesibilidad y no discriminación en el acceso y utilización de los establecimientos comerciales. Finalmente, se incorporan otras dos nuevas disposiciones adicionales, una relativa a la planificación urbanística de los usos comerciales y otra que propone regular el régimen jurídico de los contratos de distribución comercial.

Hay que destacar, finalmente, que -como es habitual en nuestro país- se siguen sucediendo las reformas parciales y normativas de “parche” de esta regulación. Así, el pasado día 28 de mayo de 2022 entró en vigor el Libro sexto del RDL 24/2021, como consecuencia de la Transposición de la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Esto ha implicado la reforma no sólo de la LGDCU, sino también de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD); y de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM).

3. La responsabilidad por daños.

Cuestión diferente de la responsabilidad por vicios de la cosa, es la responsabilidad por daños causados por la cosa comprada al comprador o a su patrimonio. Este tema no está abordado en el C.c., sino en la antigua LDCU y la Ley de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos, que -como se ha señalado en un Tema anterior- también se incorporó al TR LDCU, y queda por tanto derogada.

La antigua LDCU dedicaba a este tema el capítulo VIII (art. 25 y ss.) bajo la rúbrica “garantías y responsabilidades”. Este capítulo era –con toda certeza- uno de los más deficientes de la ley.

Así conforme al antiguo art. 25 el consumidor tenía derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de servicios le irroguen salvo culpa exclusiva del consumidor (principio general de responsabilidad objetiva). Sin embargo, el art. 26 decía literalmente lo contrario, al establecer la responsabilidad de los suministradores de bienes o servicios a menos que demuestren que han cumplido con las exigencias reglamentarias y que han actuado diligentemente.

El TR LDCU dedica todo su Libro tercero a esta cuestión, derogando expresamente la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (en adelante LPD). Aquí se armonizan las disposiciones sobre responsabilidad por los daños que los bienes o servicios han ocasionado, durante su consumo. Es decir, la mencionada Ley 22/1994 y el Capítulo VIII de la antigua LDCU, en lo referente a responsabilidad, lo cual es de agradecer, dada la gran confusión que provocaba esta superposición de ordenamientos (e incluso había lugar para contradicciones, como las que se acaban de mencionar del artículo 25 y 26 de la antigua LDCU). Llama la atención que, en este caso, el legislador opte, en su ya comentado afán por renombrar, por llamarlos “bienes y servicios defectuosos”, en lugar de “productos defectuosos”, máxime cuando en el Título V del Libro II hace lo contrario (cambia “bienes de consumo” por “productos de consumo”) y existe una definición de “producto” tanto en el artículo 5, como en el 136 (perteneciente a este libro). Asimismo, paradójicamente, los “fabricantes e importadores” pasan a ser los “productores”.

El libro tercero, artículos 128 a 149, está dividido en dos Títulos (a su vez divididos en dos capítulos cada uno): el primero trata acerca de las disposiciones comunes para todos los productos defectuosos, y el segundo acerca de disposiciones

específicas (distinguiéndose la responsabilidad que recogía la LPD y la que recogía el capítulo VIII de la antigua LDCU).

A pesar de darse numerosos cambios en el orden sistemático de los artículos, consecuencia del ímpetu del legislador en dar cuanta más claridad mejor a esta materia, tampoco hay aquí grandes cambios en el régimen jurídico. Así, se mantiene el ámbito de protección del artículo 10 de la LPD: “los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que estos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado”. Este ámbito de protección es aplicable también a los casos de responsabilidad por daños causados “por otros bienes o servicios” (en referencia a la regulación de la antigua LDCU).

Asimismo, se mantiene la ineficacia de las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad (artículo 14 LPD); la responsabilidad solidaria (artículo 7 LPD); los conceptos legales (artículos 2 a 4 LPD) de producto, producto defectuoso y productor (antes “fabricante o importador”); las causas de exoneración de la responsabilidad del productor (artículo 6 LPD); la franquicia para los daños materiales (al final del artículo 10.1 LPD), ahora de 390,66 Euros y antes de 65.000 pesetas; el límite de la responsabilidad global (artículo 11 LPD), ahora cifrado en 63.106.270,96 Euros; antes en 10.500 millones de pesetas); la posibilidad de reducir o suprimirse la responsabilidad del productor en caso de concurrir culpa del perjudicado (artículo 9 LPD); y la prescripción de la acción de reparación de los daños y perjuicios ocasionados por productos defectuosos a los tres años (artículo 12 LPD).

También se mantienen los regímenes de prueba que contemplaban tanto la LPD (artículo 5 de dicho cuerpo legal), como la antigua LDCU (artículos 26 y 28). Así, en el primer caso sigue existiendo la necesidad de que el perjudicado demuestre el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos; mientras que en los otros dos casos continúa existiendo un régimen general (con inversión de la carga de la prueba, hacia el productor) y uno especial (de responsabilidad objetiva, para daños producidos en el “correcto uso”). Respecto a este último caso, llama la atención que se haya reducido la lista de productos y servicios que “en todo caso” se consideran sometidos a dicho régimen especial de responsabilidad objetiva. De hecho, sólo abarca a los servicios, eliminándose de la lista lo referente a cosméticos y productos de limpieza, juguetes y productos dirigidos a niños, etc. El artículo 148 se refiere exclusivamente a daños originados “en el correcto uso de los servicios”, mientras que el artículo 28 de la antigua LDCU habla de “correcto uso y consumo de bienes y servicios”. El único producto al que se le aplica dicho régimen especial es la vivienda (“que se construya o se comercialice”, es decir, de primera o de segunda mano), por medio del artículo 149.

Por razones de claridad y armonización, el artículo 128, en su párrafo segundo, dispone que: “Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que pueda tener el perjudicado a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes y servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar”. Con ello lo que hace el legislador es unificar el contenido de los artículos 10.2 y 15 de la LPD, así como declarar compatible las acciones reconocidas aquí con las relativas a la falta de conformidad del producto con el contrato (Título V del Libro II).

Por último, destacar que se añaden dos preceptos cuyo antecedente legislativo se encuentra en la Disposición Final de la LPD: el artículo 131, relativo a la posibilidad de que el Gobierno establezca, previa audiencia de los interesados y las asociaciones de los consumidores, “un sistema de seguro obligatorio” para estos casos de responsabilidad, y un “fondo de garantía” que “cubra, total o parcialmente, los daños consistentes en muerte, intoxicación y lesiones personales”; y el artículo 142, que declara que “los daños materiales producidos en el propio producto no serán indemnizables conforme a lo dispuesto en este capítulo”.

4. Otras cuestiones.

(A) Limitaciones a las actividades promocionales: el legislador ve con desconfianza las actividades promocionales de los empresarios minoristas, por la posibilidad de que conlleven prácticas desleales o creen confusión en el consumidor. El tema está tratado en la Ley de Competencia Desleal, pero vuelve a ser regulado en la LOCM. Así:

- las ventas con obsequios están reguladas en el art. 8 LCD y en los arts. 32-32 LOCM;
- la venta a pérdida en el art. 17 LCD y el art. 14 LOCM;
- además, la LOCM regula las rebajas, promociones, saldos y las liquidaciones (art. 24-31 LOCM), estableciendo una serie de requisitos; el incumplimiento de esos requisitos puede constituir un acto de engaño sancionado por el art. 7 LCD (verlo) o una violación de normas sancionado por el art. 15 LCD.

La violación de los requisitos de la LOCM da lugar a un ilícito administrativo, sancionable de acuerdo con la propia ley. La realización de una práctica desleal, por el contrario, da derecho a que cualquier competidor, consumidor, o asociación o corporación ejercite acciones en vía civil para que cese la práctica desleal y se indemnicen los daños y perjuicios causados (arts. 18 y 19 LCD).

(B) Subastas: la LOCM regula con bastante detalle y aceptable acierto las ventas de bienes a través de subastas públicas organizadas por empresas que se dedican habitualmente a esta actividad (véase arts. 56-61 LOCM). La normativa regula:

- el contrato de subasta entre el propietario del bien y la empresa subastadora (art. 57 LOCM), que debe realizarse por escrito;
- la oferta de venta en subasta, y la información a facilitar a posibles compradores (art. 58);
 - la relación entre empresa subastadora y licitadoras (arts. 59 y 60);
 - el saneamiento por evicción y por vicios (art. 61).

5. Contratación por vía electrónica.

El viejo C.Com. sólo dedicaba una simple regla a la contratación a través de medios telemáticos: el art. 51.2 prevé que la correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre partes que hayan admitido este medio (i) previamente (ii) por contrato y (iii) por escrito. Este precepto, rectamente interpretado, no plantea un problema de forma, sino de prueba: prohíbe que la correspondencia telegráfica sea admitida como prueba en un juicio si tal medio no ha sido admitido en un contrato

escrito y siempre que los telegramas reúnan las claves convenidas; pero aunque los requisitos no se cumplan, el contrato será válido y lo único que ocurrirá es que el contrato tendrá que ser probado por otros medios.

La irrupción desde finales del siglo pasado y principios del 2000 de las nuevas redes de telecomunicación –correo electrónico, Internet, ¿un WhatsApp?- resaltó aún más la necesidad de regular legalmente la contratación por vía electrónica. El legislador lo hizo promulgando la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico– coloquialmente conocida como la *Ley de Internet*-, dictada en desarrollo de la Directiva 2000/31, cuyo título IV está totalmente dedicado a la contratación por vía electrónica. La LI regula también la prestación de servicios de la sociedad de la información y, como casi todas las leyes económicas recientes, termina con un amplio título dedicado a infracciones y sanciones. Así mismo, a ello se dedica un amplio espacio en la reciente reforma de la LDCU por la Ley 3/2014 [¡verla!].

Principios generales: La LI parte de un concepto muy amplio de “contrato celebrado por vía electrónica”: todo aquél en el que oferta y aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones (Anexo h)). Se incluyen, pues, los contratos celebrados por télex, telefax, correo electrónico, internet y cualesquiera nuevos sistemas similares puedan surgir en el futuro. Únicamente los contratos celebrados por telegrama siguen rigiéndose por el vetusto art. 51 C.Com.

La LI prevé que una de las partes en el contrato electrónico sea un “Prestador de servicios” y la otra un “Destinatario de servicio” (definidos en el Anexo c) y d)). Los servicios se definen - algo pomposamente - como “servicios de la sociedad de la información” y son los prestados electrónicamente, a petición individual del destinatario y contra el pago de un precio. Incluyen compraventas, subastas, suministro de información... (ver Anexo a)).

La LI, sin embargo, no es aplicable a los documentos públicos notariales. Estos se rigen por la Ley del Notariado, cuyo nuevo art. 17 bis (introducido por la Ley 24/2001 de 27 de diciembre) permite que las escrituras públicas y las pólizas intervenidas se redacten en soporte electrónico, usando la firma electrónica avanzada del notario.

El principio general establecido por la LI es que los contratos electrónicos producen todos sus efectos, siempre que concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez, exigidos por el C. c. (objeto, forma y causa) (art. 23.1 LI). El consentimiento puede expresarse electrónicamente, sin que sea necesario el previo acuerdo entre las partes sobre la utilización de medios electrónicos (art. 23.2 LI).

La fórmula jurídicamente más perfecta para expresar el consentimiento electrónicamente es mediante una firma electrónica avanzada - regulada por el RDL 14/1999 de 17 de septiembre. La FEA es un sistema informático que permite identificar al signatario por medio de claves (“datos de verificación”) que éste mantiene bajo su exclusivo control, generado por una empresa o entidad autorizada para actuar como “Prestador de Servicios de Certificación”. Este prestador acreditado tiene que generar la FEA a través de un “dispositivo seguro de creación de firma”

homologada, y en este caso la FEA tiene “el mismo valor jurídico que la firma manuscrita” y “será admisible como prueba en juicio” (art. 3).

¿Es suficiente la forma electrónica cuando la normativa civil o mercantil exige forma escrita? La LI da contestación afirmativa a esta duda (art. 23.3 LI), y permite expresamente que el soporte electrónico en que conste el contrato electrónico sea admitido como prueba documental en juicio (art. 34 LI).

Requisitos: La Ley establece una serie de requisitos para la validez y regularidad de la contratación electrónica:

(i) Antes de ponerse en marcha el procedimiento de contratación, el prestador de servicios electrónicos (es decir, el empresario que ofrece bienes o servicios) debe poner a disposición del destinatario sus condiciones generales, de forma que éstas puedan ser reproducidas y almacenadas por éste (art. 27.4). Las condiciones generales, por supuesto, también deberán cumplir los requisitos de la LCGC y de la LDCU.

(ii) Durante el procedimiento de contratación, el prestador de servicios debe facilitar a la contraparte toda la información que exige la normativa de protección del consumidor en vigor y además, una serie de datos expresamente exigidos por el art. 27.1 LI (información sobre el proceso electrónico, sobre el archivo del contrato, sobre la posibilidad de corregir errores, sobre los diferentes idiomas utilizables).

(iii) Las ofertas serán válidas durante todo el periodo que permanezcan accesibles a los destinatarios (salvo que en ellas se diga lo contrario - art. 27.3).

(iv) Prestado el consentimiento de aceptación por el destinatario (a través de FEA o, en su caso, a través de firma electrónica simple) el prestador del servicio debe confirmar que ha recibido tal aceptación (en los términos del art. 28 LI - verlo).

(v) Para mayor seguridad, la LI prevé que las partes pueden pactar que un tercero de confianza - es decir una empresa que se dedique profesionalmente a esta tarea - archive las declaraciones de voluntad y que consigne la fecha y hora en que las comunicaciones han tenido lugar (art. 25 LIS). La intervención del tercero de confianza es puramente voluntaria.

Momento y lugar de perfección: la LI ha dado nueva redacción al art. 54 C.Com. (que ahora es idéntico al art. 1262 C. c.). De acuerdo con esta norma, el consentimiento se produce en el momento en que el prestador de servicios conoce la aceptación por parte del destinatario. ¿Quid si el destinatario ha enviado su aceptación pero, por causas imputables al prestador de servicios, éste no toma conocimiento de la aceptación? La ley resuelve esta duda, estableciendo una regla especial: si el aceptante ha enviado su aceptación, y el oferente no puede ignorarla sin faltar a la buena fe, el contrato se entiende perfeccionado (aunque el oferente, de facto, no se haya enterado de la aceptación).

El contrato electrónico se entiende celebrado en el lugar de residencia del destinatario, si éste es consumidor, y en el lugar de establecimiento del prestador del servicio si ambas partes son empresarios o profesionales (art. 29 LI).

6. La nueva DSA (*Digital Services Act*)

Puede fácilmente comprenderse que tanto nuestra venerable “Ley de Internet”, de 2002, como la Directiva de la que trae causa, la Directiva 2000/31/CE del

Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, tras más de veinte años de vigencia, en un ámbito tan cambiante y dinámico como son los mercados digitales, llevan ya muchos años muy desfasadas.

Para remediar esta situación, y ante el aumento creciente de nuevos operadores de mercado que canalizan una gran mayoría de las transacciones comerciales on-line, como las plataformas digitales (*Google, Meta, Amazon*, etc), se aprobó el Reglamento² (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (*Reglamento de Servicios Digitales*).

Por razones de espacio no podemos llevar aquí un análisis exhaustivo³, simplemente apuntaremos algunos de sus rasgos más destacados.

El Reglamento de Servicios Digitales (conocido como la DSA, por sus siglas en inglés, *Digital Services Act*) establece obligaciones claras para los proveedores de servicios digitales, como las redes sociales o los mercados electrónicos, para hacer frente a fenómenos que pueden suponer una amenaza para la sociedad, como la difusión de contenidos ilegales y la desinformación en línea. Los nuevos requisitos son proporcionales al tamaño de las plataformas digitales y a los riesgos que representan para la ciudadanía.

La aprobación del Reglamento (UE) 2022/2065, ha supuesto un cambio cualitativo en el marco jurídico de la contratación electrónica, al introducir un régimen directamente aplicable que redefine las obligaciones de los intermediarios digitales y, en particular, de las plataformas y mercados en línea. Aunque la DSA no regula directamente la validez o el contenido de los contratos celebrados por vía electrónica, su incidencia sobre la contratación es indirecta pero profunda, en la medida en que impone exigencias reforzadas de transparencia, trazabilidad y diligencia a los prestadores de servicios digitales que median en la formación y ejecución de contratos celebrados en entornos digitales.

En especial, la DSA refuerza la protección de los usuarios y consumidores en los mercados electrónicos mediante obligaciones específicas para los marketplaces, como la verificación de la identidad de los comerciantes que operan en la plataforma, la información clara sobre la naturaleza del oferente (empresario o particular) y la adopción de medidas eficaces frente a contenidos y ofertas ilícitas. Estas obligaciones inciden directamente en la fase precontractual y en la confianza del tráfico jurídico, contribuyendo a reducir las asimetrías informativas propias de la contratación electrónica y a clarificar las responsabilidades de los distintos operadores que intervienen en la transacción.

De este modo, la DSA complementa el régimen contractual y de consumo vigente, configurando un nuevo marco de referencia para la contratación electrónica en la economía de plataformas.

² «DOUE» núm. 277, de 27 de octubre de 2022, páginas 1 a 102.

³ Se aconseja la consulta, a este respecto, de este post elaborado por abogados de Garrigues, expertos conocedores de la materia: https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/ley-servicios-digitales-dsa-nuevo-marco-legal-plataformas-digitales-servicios

Las nuevas obligaciones incluyen:

- nuevas medidas para neutralizar los contenidos ilegales en línea, así como requisitos que obligan a las plataformas a intervenir rápidamente, respetando en todo momento los derechos fundamentales, en particular la libertad de expresión y la protección de datos;
- el endurecimiento de los requisitos de trazabilidad y de los controles a los comercios en línea para garantizar la seguridad de los productos y servicios, incluidos controles aleatorios para evitar que se vuelvan a publicar contenidos ilícitos;
- el refuerzo de la transparencia y la rendición de cuentas de las plataformas, por ejemplo, mediante la transmisión de información clara sobre la moderación de contenidos o el uso de algoritmos para recomendar contenidos (los denominados sistemas de recomendación); la posibilidad para los usuarios de recurrir las decisiones de los moderadores;
- la prohibición de prácticas engañosas y de ciertos tipos de publicidad selectiva, como la dirigida a los niños y los anuncios basados en datos confidenciales, así como de las interfaces engañosas o los llamados «patrones oscuros» y de toda práctica diseñada para manipular las elecciones de los usuarios.

Las plataformas y los motores de búsqueda en línea de mayor tamaño (a partir de 45 millones de usuarios mensuales) entrañan un mayor riesgo. Por este motivo tendrán que cumplir requisitos más estrictos, que la Comisión se encargará de aplicar. Entre ellos destacan la prevención de riesgos sistémicos (como la difusión de contenidos ilícitos, la erosión de los derechos fundamentales y los procesos electorales o el agravamiento de la violencia de género y los problemas de salud mental) y la imposición de auditorías independientes.

Además, estas plataformas tendrán que ofrecer a los usuarios la posibilidad de negarse a recibir recomendaciones basadas en la elaboración de perfiles, así como facilitar el acceso a sus datos y algoritmos a las autoridades e investigadores habilitados.