

EL CONSUMIDOR ANTE LA VENTA EN PÚBLICA SUBASTA DE OBRAS DE ARTE

María Natalia Mato Pacín

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

TITLE: *Consumer protection and art auctions*

RESUMEN: En este trabajo se pretende analizar, principalmente desde el punto de vista del Derecho de consumo, el contenido de las condiciones generales más habituales a las que están sujetas las distintas relaciones contractuales detrás de la pública subasta de obras de arte, condiciones predispuestas por las propias casas de subastas. Al contrastar esos clausulados con la normativa *ad hoc* sobre pública subasta de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y las reglas de protección al consumidor, se pone de manifiesto que varias de las estipulaciones, especialmente las relacionadas con la exoneración de responsabilidad respecto de la obra de arte, no serían válidas. Por otro lado, la protección de los consumidores exige una especial transparencia así como, en el caso de las subastas enteramente en línea, un derecho de desistimiento, cuya articulación en estos contratos, no obstante, resulta en ciertos aspectos compleja.

ABSTRACT: *The aim of this paper is to analyse, mainly from a consumer Law perspective, usual general terms -normally imposed by the auction house- included in the diverse contracts involved in art auctions. When comparing the content of these non negotiated contracts with the ad hoc auction's regulation and the consumer protection rules, many divergences are revealed, specially with regard to liability exclusion clauses. Furthermore, attention to transparent information concerning the work of art offered as well as to the right of withdrawal must be paid. However, certain aspects of the latter -connected to online contracts- do not always fit in the scheme of the auction.*

PALABRAS CLAVE: Pública subasta, subasta online, obra de arte, consumidor, contratos en línea, condiciones generales, cláusula abusiva, exoneración de responsabilidad, transparencia, desistimiento.

KEY WORDS: *Auction, online auction, work of art, consumer, online contracts, standard form contracts, unfair terms, liability exclusion, transparency, right of withdrawal.*

SUMARIO: 1. SUBASTAS DE OBRAS DE ARTE: SUJETOS Y RELACIONES CONTRACTUALES. 2. LA VENTA EN PÚBLICA SUBASTA DE OBRAS DE ARTE COMO CONTRATO PREDISPUERTO. 2.1. *El control de incorporación.* 2.2. *Cláusulas problemáticas en clausulados de venta en pública subasta de obras de arte.* 2.2.1. Cláusulas de exoneración sobre la exactitud de las informaciones. 2.2.2. «Devoluciones». 2.2.3. Gastos de la subasta. 2.2.4. Sobre la custodia de los bienes. 2.2.5. Exoneraciones respecto de problemas técnicos. 2.2.6. Cláusulas que dejan algún aspecto al arbitrio de la casa de subastas. 2.2.7. Cláusulas de sumisión expresa. 2.3. *El control de transparencia material en los contratos de subasta.* 3. ¿EXISTE EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LAS SUBASTAS DE OBRAS DE ARTE?. BIBLIOGRAFÍA.

1. SUBASTAS DE OBRAS DE ARTE: SUJETOS Y RELACIONES CONTRACTUALES

Cada cierto tiempo se publica en la prensa generalista una noticia sobre una subasta de una obra de arte que llama la atención, por la obra en sí misma, por el precio que se

alcanza en las pujas o por alguna otra circunstancia¹. Más allá de los casos peculiares, en el trabajo queremos reflexionar, centrándonos en el panorama nacional, sobre el contenido contractual habitual de las subastas de obras de arte, para cuyo análisis nos serviremos de cláusulas típicas insertas en las condiciones generales de la contratación de diversas entidades del sector. La óptica desde la que se aborda este trabajo es principalmente la del contratante consumidor, sin perjuicio de que, en ocasiones, se aluda también a la posición del profesional. De este modo, tras identificar los sujetos implicados en la venta en pública subasta y el marco jurídico relevante, pasaremos a analizar algunas cláusulas usuales en el sector así como otros aspectos relevantes desde el punto de vista de la regulación de consumo.

Efectivamente, con carácter previo a cualquier análisis debemos partir de las distintas relaciones que se pueden identificar en el proceso de la venta en pública subasta que nos ocupa en este trabajo². Por un lado, la establecida entre el propietario de la obra y la casa de subastas, por la que el primero encarga a una empresa especializada que la saque a licitación con el fin de venderla al precio más alto posible³. Denominado como

¹ Sin duda fue muy sonada la autodestrucción en 2018 de una obra del artista *Banksy*, automáticamente después de su adjudicación por 1,04 millones de libras en la casa de subastas *Sotheby's* (<https://www.lavanguardia.com/cultura/20181018/452414988890/error-destruccion-cuadro-banksy.html>). Recientemente se ha sabido de la subasta por la misma casa británica de un óleo de *Van Gogh* oculto durante un siglo, por algo más de 11 millones de euros, por el que se pujó dos veces pues la puja ganadora en la primera subasta fue considerada como una puja errónea (JHALA, KABIR, «In bidding confusion at Sotheby's, unseen Van Gogh initially sells for €16.2m but is then resold for €13m at end of auction», *The Art Newspaper*, 2021. Disponible en <https://www.theartnewspaper.com/news/unseen-van-gogh-sells-for-sothebys>). Ha llamado la atención, asimismo, la adjudicación, en la casa de subastas *Christie's* y por más de 69 millones de dólares, de una obra de arte digital («*Everydays – The first 5000 days*», de *Beeple*), representada como un NFT (*Non Fungible Token*) y pagada con criptomoneda. En este caso, el precio de salida de la obra había sido de 100 dólares y se incrementó rápidamente, en especial en los últimos minutos de la puja online y en directo, que siguieron 22 millones de visitantes (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-56368491>). Por último, también ha acaparado innumerables titulares una supuesta obra de *Caravaggio* que iba a ser subastada en Madrid por un precio considerablemente inferior a su valor y que, previamente al acto de licitación, fue retirada (<https://www.efe.com/efe/espana/cultura/madrid-inicia-los-tramites-para-declarar-bic-un-posible-caravaggio/10005-4511402>).

² Partimos de que la subasta es «un procedimiento específico de celebración del contrato, que tiene lugar cuando, por voluntad de uno de los contratantes, se establece que el contrato quedará celebrado con el mejor postor y en las condiciones resultantes de la mejor postura ofrecida en una licitación practicada con todos los interesados en contratar» (CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, Voz «Subasta (D.º Civil)», AAVV, *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo IV, Civitas, Madrid, 1995, p. 6377).

³ GASPAR LERA, Silvia, *La venta en pública subasta de obras de arte y otros objetos de valor*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 64. Evidentemente, si la casa de subastas es la propietaria del bien que se saca a pública subasta (lo que no es frecuente en la práctica), esta relación contractual no existe pues vendedor y subastador coincidirían en la misma persona. Sobre la diferente posición del subastador que subasta bienes propios, GÓMEZ PÉREZ, Fernando, «Comentario a los artículos 56 a 61. Venta en pública subasta», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 434-435.

contrato de subasta, su naturaleza ha sido una cuestión debatida por la doctrina, siendo la calificación jurídica de comisión o mandato la posición con mayor apoyo y de la que aquí partimos⁴. También se genera una relación contractual entre la casa de subastas y los licitadores, conocida como contrato de licitación, por la que la casa de subastas se compromete a dirigir el acto de licitación y los licitadores a participar en el mismo según las reglas del contrato⁵. Por último, en el caso de adjudicarse el bien a uno de los licitadores, el propietario de la obra –vendedor– y el licitador –que se convierte en adjudicatario y comprador– se verán vinculados por un contrato de compraventa.

Es habitual que estos contratos se celebren mediante condiciones generales, es decir, mediante clausulados predispuestos por la casa de subastas, bien en su relación con el propietario de la obra o con los licitadores, bien incorporados al contrato de compraventa que, por cuenta y en nombre del vendedor, celebra con el adjudicatario. En este último sentido, es de resaltar que es la casa de subastas la que fija, a través de sus condiciones generales, el contenido del contrato de compraventa, de tal manera que, como veremos, estas condiciones serán oponibles en la relación interna vendedor–comprador.

⁴ Las casas de subastas se autocalifican todas como «mediadoras» en sus condiciones generales. Sin perjuicio de esto, descartados el arrendamiento de obra y de servicios, la calificación jurídica ha pivotado alrededor de la comisión o el mandato y algunas características de la mediación. Para CÁMARA ÁGUILA, *La venta voluntaria en pública subasta en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, Comares, Granada, 2004*, pp. 81-82, el contrato se encuadra dentro del mandato, en concreto, de la comisión. De la misma opinión es GASPAS LERA, Silvia, *La venta en pública subasta*, op. cit., pp. 67 y ASENSI MERÁS, Altea, *Régimen jurídico de las subastas electrónicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 89. En la misma línea, ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Venta en pública subasta*, en AAVV, *Régimen jurídico general del comercio minorista*, Mc Graw Hill, Madrid 1999, p. 673, se muestra favorable a enmarcarlo en el contrato de mandato. Por el contrario, ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «La subasta de obras de arte (aproximación a sus problemas jurídicos)», *Revista de Derecho Mercantil*, 1986, pp. 109 y ss., antes de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, entiende que, aunque el encargo de subasta cabe perfectamente bajo el mandato o comisión, esta postura pone en un segundo plano algunos de los rasgos más definitorios de la actividad del subastador. Así, el autor se muestra a favor de clasificar el contrato de subasta como un contrato más cercano a la mediación, poniendo el énfasis en la autonomía e imparcialidad que deben guiar al mediador y no al mandatario. Por su parte, constituye un contrato *sui generis* (con rasgos de mandato, mediación, depósito y servicios) para GÓMEZ PÉREZ, Fernando, «Comentario a los artículos 56 a 61», op. cit., pp. 436-439 y GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian, «El régimen jurídico de las ventas en pública subasta tras la aprobación de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU», *Indret*, 2014 (2), p. 18. Nos remitimos a estos autores respecto de los argumentos de cada postura. En lo que a este trabajo concierne, partiendo de la configuración que presenta la LOCM de la pública subasta y sus sujetos, relación que excede a la mediación, recurriremos para nuestro análisis a la regulación del contrato de comisión (arts. 244-280 CCo) y de mandato (arts. 1709-1739 CC), por ser los que mejor reflejan su funcionamiento.

⁵ Es un contrato de mediación para ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «La subasta», op. cit., p. 121; un contrato de naturaleza compleja, con elementos de la mediación y del mandato (GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian, «El régimen jurídico», op. cit., p. 19.)

Todas estas relaciones, a su vez, pueden ser de consumo o no, dependiendo de la naturaleza de los sujetos contratantes. Partiendo de que para que estemos hablando de un contrato de consumo uno de los contratantes tiene que ser siempre un empresario o profesional, el artículo 3 TRLGDCU identifica como consumidores a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, así como a las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica sin ánimo de lucro y actuando fuera de una actividad comercial o empresarial. De este modo, será un contrato de consumo el de subasta perfeccionado entre la casa de subastas y una persona física propietaria de una obra de arte que no se dedica profesionalmente a la compra y venta de obras de arte sino que la recibió, por ejemplo, en herencia o la compró en su momento y ahora decide venderla para obtener liquidez. *A sensu contrario*, no será consumidor el galerista o anticuario que encarga a la casa de subastas la venta de obras pertenecientes a sus negocios. Del mismo modo, estaremos ante un consumidor en el supuesto de un sujeto que puja en una subasta con el fin de adquirir una pintura para disfrutarla en su casa o como inversión. En este último sentido, no debemos olvidar que, según jurisprudencia asentada tanto del TJUE como de nuestro Tribunal Supremo, cabe la figura del denominado «consumidor inversor», esto es, aquél que contrata con ánimo de lucro, siempre y cuando no se trate de un contrato inserto dentro de su actividad profesional o empresarial⁶.

⁶ En estos casos, la búsqueda de una rentabilidad puede hacer que no sea obvio si el contratante está actuando como consumidor o en el marco de su actividad profesional. Esta cuestión se ha planteado en la jurisprudencia respecto de contratos de préstamo para inversión inmobiliaria (entre otras, STS (1ª) 13 junio 2018 (RJ 2018\2445)), contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (por todas, SSTS (1ª) 29 junio 2018 (RJ 2018\2669) y 19 julio 2018 (RJ 2018\2956)) o contratos de inversión financiera (SSTJUE 3 octubre 2019 (caso *Petruchová*) y 2 abril 2020 (caso *Reliantco*)). También, indirectamente, se pronuncia sobre los requisitos para que un vendedor en una plataforma online de venta de bienes sea considerado profesional la STJUE 4 octubre 2018 (caso *Evelina Kamenova*). En general, según el TJUE, un buen conocimiento del sector o realizar una gran inversión u obtener importantes ganancias no han sido criterios determinantes, en sí mismos, para descartar la cualidad de consumidor. En el caso de la venta de bienes online, por su parte, tampoco necesariamente el número de ofertas (*vid.* MATO PACÍN, M.ª Natalia, «Cuestiones actuales sobre el concepto de consumidor a la luz de la jurisprudencia», *Revista de Derecho Patrimonial*, 48, 2019; «¿Quién es comerciante en las plataformas de venta online? La importancia de su delimitación», en RUDA GONZÁLEZ, Albert; JEREZ DELGADO, Carmen (coords.), *Estudios sobre Jurisprudencia Europea*, Sepin, Madrid, 2021). Extrapolado a las subastas de obras de arte, no habría inconveniente en considerar consumidor a un propietario que decide ofertar un elevado número de objetos. Del mismo modo, aunque la regularidad puede ser un dato indicativo de actividad comercial, tampoco pierde necesariamente la condición de consumidor el licitador asiduo. Esta precisión es relevante en este tipo de contratos porque es frecuente que parte del público interesado en las subastas de obras de arte sean habituales de las mismas. Este hecho, *per se*, no haría perder la condición de consumidor si no se inscribe en una actividad profesional (en este caso, si no se introducen bienes en el mercado).

Pues bien, a la hora de valorar el procedimiento de contratación y las vicisitudes que podrían plantearse es relevante determinar cuál es el marco jurídico en el que nos movemos, según el tipo de contrato de que se trate. En nuestro caso, junto con la regulación *ad hoc* sobre contratación predispuesta, especialmente la relativa a las relaciones de consumo -Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC) y Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (en adelante, TRLGDCU)-, debemos tener principalmente en cuenta la regulación específica de la venta en pública subasta. De hecho, adelantamos que algunas de las cuestiones propias de las subastas de arte vendrán resueltas directamente por aplicación de la LOCM, con independencia de que la cláusula sea, además, una condición general.

En este sentido, son de aplicación los artículos 56 a 61 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (en adelante, LOCM)⁷. Volveremos sobre la mayor parte de estos preceptos en detalle cuando analicemos la validez de ciertas condiciones habituales en clausulados predispuestos por casas de subastas de obras de arte españolas. Simplemente a modo de síntesis previa, podemos resaltar ahora que los artículos citados se centran de manera especial en el «contrato de subasta» que, como sabemos, se identifica, estrictamente hablando, con la relación contractual que surge entre el propietario del bien y el subastador. A este último le son atribuidas una serie de obligaciones relacionadas con la preparación del acto de licitación (custodia, tasación, exposición, confección del catálogo, según el artículo 57), presentando una especial relevancia en lo que aquí respecta las relativas a la descripción de los objetos (art. 58). Por su parte, el único aspecto del que se ocupa la norma en cuanto a la relación entre la casa subastadora y los licitadores es el relativo a la posible exigencia de una fianza (art. 59), hecho que, sin embargo, no tiene una presencia tan habitual en las condiciones generales analizadas. Por último, cuando el licitador pasa a convertirse en adjudicatario, tres son los aspectos que resalta la LOCM: la formalización por escrito de la venta en pública subasta (art. 60), la irrevindicabilidad de la adquisición del bien mueble (art. 61.1) y, el más importante para nosotros, la responsabilidad solidaria de la casa de subastas frente al comprador en caso de falta de conformidad del objeto e incumplimiento de sus obligaciones de proporcionar una información veraz⁸.

⁷ Artículos que se redactaron pensando precisamente en las subastas de obras de arte y objetos de valor celebradas en salas especializadas al efecto, como señala GASPARET LERA, Silvia, *La venta en pública subasta*, op. cit., p. 54.

⁸ Al respecto, DELGADO TERCERO, Luciano, «La cláusula de exoneración de responsabilidad de las empresas de subasta de obras de arte. Nuevas perspectivas», *Anuario Jurídico Secciones ICAM*, 2019, p. 253, reclama una mayor y más completa regulación, similar a la de ordenamientos jurídicos vecinos.

Llegados a este punto, debemos hacer una última precisión introductoria. Aunque tradicionalmente las subastas de obras de arte se llevaban a cabo en un acto de licitación presencial, la realidad tecnológica se ha ido abriendo camino y, como sabemos, ya es habitual que estas casas de subastas combinen las subastas presenciales con las pujas en línea o que, incluso, celebren subastas enteramente online. Una subasta presencial no deja de serlo por el hecho de que se admitan pujas online en el acto de licitación. Así, los licitadores que participan en una subasta presencial pueden normalmente realizar sus pujas, bien en la sala (levantando la correspondiente paleta con su número identificativo), bien por escrito (enviando su postura de manera previa a la sesión), bien por teléfono (pujando en directo en comunicación con el personal de la sala de subastas), bien electrónicamente (a través de la página web, que se va actualizando de manera simultánea al desarrollo del acto de licitación presencial). Sea como sea que se produzcan las pujas, la subasta se calificará como presencial.

Pero, como decíamos, y aunque en el mercado del arte han existido ciertas barreras para que se haya producido un crecimiento exponencial equivalente al de otros sectores⁹, cada vez tienen más presencia las subastas que se celebran exclusivamente online¹⁰. Es decir, aquellas en las que todas las pujas tienen lugar a través de Internet. La subasta está abierta durante un determinado periodo de tiempo (unos días), dentro del que los licitadores interesados pueden pujar y tener un seguimiento continuo de sus pujas y de las de otros licitadores, de tal manera que, vencido el plazo final señalado, se adjudicará la obra al mejor postor (siempre que, en su caso, se haya alcanzado el precio de reserva¹¹).

La LOCM se aplica tanto a las subastas presenciales como a las subastas online, pues la definición de pública subasta del artículo 56 no limita su ámbito de aplicación a las primeras. También en las subastas en Internet se oferta, pública e irrevocablemente, la

⁹ BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Yolanda, «La subasta de obras de arte on-line», *Revista de Contratación Electrónica*, 2007 (85), pp. 26-34, identifica factores económicos, psicológicos (mercado tradicional, precio elevado de muchas obras, fraude) y jurídicos (marco normativo impreciso) para el retraso en el desarrollo del mercado de las subastas de obras de arte por vía electrónica respecto de otros sectores.

¹⁰ Ni que decir tiene el aumento de subastas online que ha provocado la pandemia por coronavirus en el año 2020. Por ejemplo, más del 70% de las subastas de *Sotheby's* se han llevado a cabo en línea en 2020, frente al 30% del año anterior (KEENER, Katherine, «Sotheby's, Christie's release preliminary 2020 sales reports». Disponible en <https://www.art-critique.com/en/2020/12/sothebys-and-christies-release-reports-on-2020-sales/>).

¹¹ Se conoce como «precio de reserva» aquel precio mínimo, acordado normalmente entre vendedor y casa de subastas y no conocido por los licitadores, por debajo del cual el lote no será adjudicado en la subasta, aunque se haya superado el precio de salida. La jurisprudencia ha respaldado su uso y el hecho de que no sea público en el momento de celebración de la subasta, siempre y cuando se sepa que existe (SAP Madrid (28ª), 27 marzo 2009 (AC 2009\781)).

venta de un bien a favor de quien ofrezca, mediante el sistema de pujas y dentro del plazo concedido al efecto, el precio más alto por encima de un mínimo, que estará obligado a comprarlo. Ahora bien, no a toda venta de objetos en una página web en la que se siga este procedimiento de pujas y de atribución al mejor postor le van a ser de aplicación las normas específicas de la LOCM. Sí será, en todo caso, un contrato electrónico. Pero para que estemos ante una pública subasta online subsumible en el ámbito de aplicación de la LOCM es necesario que la casa de subastas no sea una mera plataforma intermediaria que se limite a poner en contacto a vendedores y compradores sino que se requiere que se trate de una parte contractual que actúe con una mayor implicación. Recordemos que la LOCM impone a la figura del subastador una obligación por su parte de descripción completa y veraz de los objetos subastados, llegando a situarle en una posición de responsable solidario frente al comprador si la incumple. Por otro lado, también atribuye a la casa de subastas, en su caso, y salvo pacto en contrario, los gastos de custodia, tasación, exposición e inclusión en el catálogo de los objetos a subastar. Es decir, configura a la empresa de subastas como un sujeto que interviene activamente en la venta¹².

Por lo tanto, si la subasta se realiza a través de una mera plataforma online que ofrece a los usuarios la posibilidad de que hagan una oferta al público y que ésta sea aceptada, sin tener la empresa un control de los objetos ni de la información anunciada, el contrato no estará sujeto a la LOCM¹³. Pero, como contrato electrónico que es, sí caerá

¹² Así lo resalta la sentencia de la AP Barcelona (11ª) 13 julio 2020 (JUR\2020\259740), cuando califica a una casa de subastas de «no una mera intermediaria» ni «una mera plataforma de venta online», pues ofrece otros servicios como la autenticación, restauración, valoración, etc. y, en su posición de comisionista, se comporta como un verdadero vendedor frente al comprador. Como tal profesional, concluye el tribunal, ha de extremar la diligencia a la hora de garantizar –en el supuesto de hecho concreto– la pacífica posesión por el comprador de la cosa comprada. Sobre este particular, *vid.* CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *La venta voluntaria en pública subasta*, op. cit., pp. 8 y ss.; GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian, Marian, «El régimen jurídico», op. cit., pp. 16-17; BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Yolanda, «La subasta», op. cit., pp. 35-41; ASENSI MERÁS, Altea, *Régimen jurídico*, op. cit., pp. 163 y ss.; RIEFA, Christine, «Recommended changes to the definition of “Auction” and “Public Auction” in the Proposal for a Directive on Consumer Rights», 2010, pp. 9-11.

¹³ Como señala CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *La venta voluntaria en pública subasta*, op. cit., p. 10, la empresa «ni contrata ni trata con los eventuales adquirentes. [...] ni siquiera ella emite la oferta al público». Cuestión distinta, añadimos, es que, en ocasiones, la información que dan estas plataformas pueda llevar a confusión a los clientes. Así, por ejemplo, Catawiki se define en sus condiciones generales como «una plataforma online donde usted puede pujar, comprar y vender artículos especiales» en la que los vendedores son los responsables de los lotes que se vendan pues «no tenemos control ni responsabilidad sobre la calidad, seguridad, legalidad o corrección de los lotes» al jugar solo «un papel de facilitación y apoyo». Sin embargo, en la ventana donde se produce cada puja concreta, aparece una estimación de valor de los expertos de la plataforma, que aparecen identificados con foto y nombre. A pesar de la información –en un link no visible– advirtiendo de que el rango de precios es solo una indicación y a pesar de que en las condiciones generales se exoneran de cualquier responsabilidad al respecto pues son estimaciones «que proporcionamos (automáticamente) para ciertos lotes», esta

dentro del ámbito de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (en adelante, LSSI) y la empresa será un proveedor de servicios de la sociedad de la información, al estar incluida expresamente como «servicio de la sociedad de la información» la «organización y gestión de subastas por medios electrónicos»¹⁴. Si, además, es una relación de consumo, será de aplicación también la normativa del TRLGDCU, especialmente en lo relativo a los contratos a distancia.

Por el contrario, si el subastador es quien organiza la licitación y actúa en nombre y por cuenta del propietario de la obra, teniendo el control de los anuncios y del catálogo así como del proceso, realizando la adjudicación y velando por el cumplimiento del contrato, estaremos hablando de una venta en pública subasta sujeta al LOCM¹⁵. A estos casos y cuando el sujeto que contrata con la casa de subastas sea consumidor nos ceñiremos en el presente trabajo.

2. LA VENTA EN PÚBLICA SUBASTA DE OBRAS DE ARTE COMO CONTRATO PREDISPUERTO

2.1. *El control de incorporación*

La ausencia de negociación en el proceso de contratación mediante condiciones generales, como sabemos, justifica una serie de controles. El primero de ellos está relacionado con los requisitos formales con los que debe cumplir, en este caso, la casa de subastas para que las cláusulas predispuestas se consideren incorporadas al contrato. Se trata del control de incorporación o inclusión, que exige, por una parte, la comprensibilidad y concreción de las cláusulas predispuestas (es decir, su redacción clara, sencilla y transparente, según los artículos 5 y 7 LCGC) y, por otra, la legibilidad y accesibilidad de las mismas (arts. 80.1.b TRLGDCU y 5 LCCG¹⁶). En este último sentido, las casas de subastas deben permitir que el adherente –con independencia de si es consumidor o no y tanto respecto del vendedor como del licitador–, si quiere, tenga la

manera de mostrar la información puede crear en el cliente consumidor que ve la oferta de venta una sensación de supervisión y respaldo de las características y valor de la obra por parte de personas expertas en arte.

¹⁴ Anexo de la LSSI (*Idem*, pp. 8-13; GONZÁLEZ DE ALAIZA, José Javier, «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Tratado de contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, tomo II, 3ª ed., p. 2184).

¹⁵ En este sentido, BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Yolanda, «La subasta», *op. cit.*, p. 40.

¹⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO, «Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente», en CÁMARA PUENTE, Sergio (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 696-705; GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Comentario al artículo 80», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 1051-1060.

También hay que tener en cuenta, en todo caso, la obligación de información previa, gratuita y en castellano del artículo 60.4 TRLGDCU y, si se trata de un contrato a distancia, los requisitos de información del artículo 98.1 del mismo texto.

oportunidad de leer el clausulado predispuesto, dándole acceso a él, en función del tipo de contrato que celebre.

En el caso de que se trate de un contrato celebrado por escrito (por ejemplo, imaginemos un contrato de subasta formalizado por escrito entre la casa de subastas y el propietario de la obra mediante el que éste entrega la obra para que la casa de subastas procure su venta)¹⁷, deberá hacerse referencia expresa a las cláusulas predispuestas, bien en el propio documento contractual que firme el adherente, bien en un anexo que se le entregue conjuntamente con el contrato y al que éste ha de hacer referencia. Así, el modo de proceder descrito en algunos clausulados de las casas de subastas sería conforme a Derecho: «Todas estas condiciones están recogidas en un contrato que el cedente–vendedor deberá firmar en el momento de iniciar el proceso de venta de una pieza en la Casa de Subastas». En otras ocasiones –por ejemplo, de cara al acto de licitación–, el contrato puede no formalizarse estrictamente por escrito sino a través de la firma de un mero registro con los datos del licitador en el que acepta las condiciones generales de la contratación que se incluyen en el catálogo, de manejo de todos los licitadores¹⁸. En estos casos, además de la inserción de las condiciones predispuestas en el catálogo que se hace accesible al licitador, podría recurrirse a la publicidad mediante carteles o avisos en el lugar donde se celebra el contrato¹⁹.

Por último, piénsese en los licitadores que realizan sus pujas online²⁰. En este caso de contrato celebrado electrónicamente, la casa de subastas predisponente debe seguir

¹⁷ La LOCM señala que «el encargo de subasta deberá documentarse por escrito» (art. 57.4) y que las ventas «deberán, necesariamente, formalizarse mediante documento público o privado» (art. 60.2). Sin embargo, mayoritariamente se ha entendido que no se trata de forma *ad solemnitatem* (por todos, GASPARELERA, Silvia, *La venta en pública*, op. cit., pp. 85).

¹⁸ Como señala DURANY PICH, Salvador, «Comentario a los artículos 5 y 7», en MENÉNDEZ MÉNENDEZ, Aurelio; DÍEZ-PICAZO, Luis (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 294 y 297, en los contratos no celebrados estrictamente por escrito cuya celebración suele ir acompañada de algún tipo de documentación que se entrega previa o simultáneamente a la celebración del contrato, parece suficiente que se inserten las condiciones generales en dichos documentos si es de esperar que el cliente los lea. De la misma opinión es PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Requisitos de las cláusulas», op. cit., p. 701.

¹⁹ En este sentido, respecto de las adjudicaciones, la sentencia de la AP Madrid (14ª) 27 enero 2004 (JUR 2004\251183) indica que «cuando el contrato no deba formalizarse por escrito, y el predisponente entregue un resguardo justificación de la contraprestación recibida, bastará con que se anuncien las condiciones generales en un lugar visible del lugar en el que se celebre el negocio o se inserten en algún documento (resguardo) contractual o de cualquier forma que garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer la existencia y contenido de las condiciones en el momento de la contratación». Sobre este particular, *vid.* GASPARELERA, Silvia, *La venta en pública subasta*, op. cit., p. 135.

²⁰ Dentro de la contratación a distancia, también es frecuente la puja telefónica. Sin embargo, nos parece que este caso no presenta los problemas típicos de la incorporación de las condiciones generales en la contratación por teléfono puesto que, en el ámbito de las subastas de obras de arte, el licitador debe rellenar y enviar previamente a la celebración del acto de licitación un formulario (que se encuentra en las páginas web de las casas de subastas y en los catálogos), en el que se identifican los lotes por los que

cumpliendo con los requisitos de, por un lado, la puesta a disposición del destinatario de las cláusulas predispuestas al inicio del procedimiento de contratación, de tal manera que puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario y, por el otro, de constancia de la voluntad de aceptación del contenido predispuesto (arts. 27.4 LSSI y 80.1.b) TRLGDCU)²¹. Existen diversas maneras de garantizar la incorporación de clausulados predispuestos en la contratación online, siendo una de las más frecuentes la inserción de una pantalla previa de obligado paso en la que haya que marcar activamente una casilla que suponga la aceptación de las condiciones generales, a las que se pueda acceder fácilmente pinchando en un enlace ubicado al lado. También sería posible entender incorporadas las condiciones generales si se encuentran situadas en un enlace destacado en la página principal al inicio de la contratación²², como hacen todas las páginas web de las casas de subastas analizadas. La mayor parte también incorporan las condiciones, en un primer momento, a través del registro por parte del cliente interesado en participar en subastas de obras de arte («Enviando este formulario acepto la Política de Privacidad y Protección de Datos y acepto las condiciones de compra en subasta online de la Casa de Subastas»). En todo caso, dado que el registro es un paso previo necesario para obtener los datos básicos del cliente de cara a cualquier acto de licitación, pero frecuentemente lejano en el tiempo respecto de las distintas pujas concretas, consideramos conveniente hacer fácilmente accesible al licitador las condiciones generales también en el momento de pujar. Así proceden algunas de las webs analizadas, incorporando un enlace a las condiciones generales de compra en la propia página de cada lote por el que se puja y en una ubicación visible y cercana a la del botón de pujar.

se autoriza al personal de la casa de subastas a pujar en su nombre y en el que se aceptan las condiciones generales. Es decir, existe un soporte material.

²¹ En algún clausulado, tras identificar las condiciones generales como las normas que regularán la relación jurídica que emana de los procesos de contratación realizados con los usuarios de la página web, y señalar que los usuarios aceptan las condiciones generales desde el instante que utilicen o adquieran cualquier producto, se especifica que «este documento puede ser impreso y almacenado por los clientes». Esta mención está relacionada con la exigencia referida en el texto de que las cláusulas predispuestas puedan ser almacenadas y reproducidas para estar a disposición del usuario, no solo en el momento inicial sino también durante toda la vida del contrato. Cabe señalar que una referencia así no sería suficiente por sí sola para cumplir con el control de incorporación si esas condiciones generales se ubicaran únicamente, por ejemplo, al final de la página web, de manera secundaria y escasamente perceptible para el usuario, en lugar de en un enlace destacado en la zona principal de la página y por donde necesariamente navega dicho usuario.

²² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Requisitos de las cláusulas», op. cit., p. 703.

2.2. *Cláusulas problemáticas en clausulados de venta en pública subasta de obras de arte.*

Aun entendiéndose incorporadas las cláusulas predisuestas al contrato, como sabemos, éstas pueden presentar problemas en cuanto a su contenido. Nos detendremos en algunas de las estipulaciones encontradas en las condiciones generales de la contratación de distintas casas de subastas españolas, que pueden referirse a la relación contractual, bien con el propietario de la obra de arte, bien con los licitadores o adjudicatarios, o al contrato de compraventa (regido, recordemos, por las condiciones generales predisuestas por la casa de subastas). Conviene hacer dos advertencias. La primera, que nada de lo que se señale respecto de las relaciones de consumo se altera por el hecho de que en el clausulado –aceptado e incorporado al contrato– se señale que «Los clientes deben leer detenidamente las condiciones generales sobre los términos en los cuales los lotes son comprados en subasta». Respecto de la mayor parte de las cláusulas predisuestas existe el control de contenido precisamente porque leer las condiciones generales no es lo eficiente económicamente hablando y porque el control de incorporación tiene un objetivo menos ambicioso: simplemente que se puedan leer si se desea hacerlo. La segunda, que, como ya habíamos dejado anotado, la solución respecto de algunas cuestiones específicamente propias de las subastas de obras de arte (por ejemplo, exoneraciones sobre la descripción del objeto) es independiente de la naturaleza predisuesta o no de la cláusula, pues la imperatividad de algunos de los preceptos de la LOCM deja sin efecto ciertas estipulaciones en todo caso, sea o no una condición general o un contrato de consumo. Por lo tanto, nos encontraremos con cláusulas directamente nulas por contravenir la LOCM (sin perjuicio de que también pudieran considerarse abusivas) y otras que lo son por no superar el control de contenido en contratos no negociados de consumo.

2.2.1. Cláusulas de exoneración sobre la exactitud de las informaciones

Dentro del proceso de venta en pública subasta de una obra de arte hay una primera fase preparatoria vinculada con el contrato de subasta entre el propietario de la obra y la casa de subastas. Esta última recibe la obra de arte y lleva a cabo un examen de la misma con el fin de realizar la correspondiente descripción e incluirla en el catálogo como uno de los lotes a subastar. Los licitadores, en general, pueden tener un acceso directo a la obra en el periodo de exposición previo a la subasta pero es indudable que la descripción del lote en el catálogo supone una fuente principal de información, que se presupone fiable. ¿Qué ocurre si resulta no ser exacta?

En primer lugar, el artículo 58 LOCM se dedica en exclusiva a regular la obligación del subastador de aportar una «descripción veraz de los objetos» en la oferta de venta en

pública subasta, «con identificación de si sus calidades son ciertas o, simplemente supuestas o averdadas por determinado experto». Si, además, se trata de salas especializadas en objetos de arte o de valor, como es nuestro caso, el apartado segundo añade dos precisiones más: por una lado, la casa de subastas deberá expresamente hacer constar si se trata de una imitación o de un artículo que, aun aparentemente precioso, no lo sea en realidad²³; por otro, el hecho de ofertar un objeto acompañado del nombre o iniciales de un determinado autor o precisando que aparece firmado por el mismo dará lugar a entender que se vende como original, salvo que conste con claridad una advertencia en contrario.

Aunque el propietario de la obra de arte pueda lógicamente aportar información sobre la misma (por ejemplo, entregar certificados de autenticidad, aportar documentos sobre la procedencia de la obra o su trazabilidad como facturas, cartas, recibos de transporte, catálogos o el *iter* contractual)²⁴, la casa de subastas no debe limitarse a recoger en la descripción las manifestaciones vertidas por el vendedor sobre el objeto sino que, como profesional y especialista en la materia, se le presupone una labor de comprobación activa. De esta manera, la descripción que aparece en el catálogo proviene de la casa de subastas, presumiblemente consecuencia de su labor de investigación dentro del marco del contrato de subasta. Y esto es lo que explica el régimen de responsabilidad que el artículo 61.2 LOCM anuda a la obligación de información veraz y al que sujeta a la empresa subastadora: la subastadora será responsable solidaria junto con el vendedor en el caso de falta de conformidad del bien subastado con el anuncio de la subasta o de defectos ocultos, si hubiese incumplido las obligaciones de información del artículo 58. No debemos olvidar que la descripción de los lotes en el catálogo, aún aportada por el subastador, pasa a formar parte del contrato de compraventa entre el vendedor y el adjudicatario del lote, de tal manera que el primero se ve, en principio, afectado por las declaraciones de la casa de subastas respecto del objeto subastado²⁵. Efectivamente, la descripción opera como oferta y vincula por aplicación de la normativa de consumidores (art. 61 TRLGDCU) o, fuera de estos casos, ex artículo 1258 Código civil.

Por otro lado, aunque de manera literal el artículo 61.2 LOCM solo se refiere a la falta de conformidad y a los vicios ocultos, la responsabilidad solidaria debe entenderse

²³ Para evitar equívocos respecto de, por ejemplo, un grabado original o una reproducción, una edición facsímil de un libro o una reproducción moderna de un mueble de época (GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian, «El régimen jurídico», op. cit., p. 27).

²⁴ Sobre la prueba de la autenticidad de una obra de arte, véase SÁNCHEZ DE LEÓN RAMÓN-BORJA, José, «La protección del comprador de una obra de arte falsa a través de los casos judiciales», AAVV, en *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, Civitas, Navarra, 2017, pp. 646 y ss. (en concreto, p. 652).

²⁵ GÓMEZ PÉREZ, Fernando, «Comentario», op. cit., pp. 454-455.

extensible a otros supuestos, como son la acción de resolución o la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento, tal y como ha hecho en la práctica la jurisprudencia²⁶.

¿Qué consecuencias tiene este régimen para los derechos –como comprador– del adjudicatario del remate en una subasta en el caso de que el bien no se corresponda con la descripción? En primer lugar, con espíritu sintético respecto de los distintos mecanismos de protección y sin entrar en las vicisitudes de cada uno de ellos pues excede del objeto de este trabajo, todo comprador puede acudir a los derechos generales por incumplimiento (acción de cumplimiento o resolución más, en su caso, daños y perjuicios, en virtud de los artículos 1124 y 1101 y ss. Código civil) y, si es consumidor en el contrato de compraventa (esto es, el vendedor es profesional), también tendría a su alcance el régimen legal de la falta de conformidad (art. 114 y ss. TRLGDCU)²⁷. En el caso de que los defectos no fueran apreciables inicialmente, el comprador podrá recurrir específicamente a las acciones edilicias del Código civil, si se trata de una compraventa entre particulares y, de nuevo, a la garantía de venta de bienes de consumo del TRLGDCU si el vendedor es un profesional y el comprador actúa como consumidor. Por otro lado, con independencia de la naturaleza de los contratantes, otra vía para reclamar, por ejemplo, la falta de autenticidad de una obra

²⁶ Así, entre otras, aplican la responsabilidad del artículo 61.2 LOCM en el caso de error vicio del consentimiento las sentencias de la AP Barcelona (16ª) 24 julio 2003 (JUR\2003\213815) y (14ª) 25 junio de 2013 (JUR\2013\269486); en el caso de resolución por incumplimiento de contrato la sentencia de la AP Barcelona (16ª) 22 febrero 2007 (JUR\2007\204407) y de la AP Madrid (11ª) 26 noviembre 2012 (AC\2012\2270). BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Yolanda, *La compraventa de obras de arte*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 352-356, defiende la extensión de la responsabilidad solidaria del artículo 61.2 LOCM también a los supuestos de vicios del consentimiento pues encaja dentro de los intereses jurídicos que pretende proteger la norma.

²⁷ El artículo 115.2 TRLGDCU solo excluye del ámbito de aplicación de la garantía de bienes de consumo los productos de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores y usuarios puedan asistir personalmente. Por lo tanto, la exclusión no alcanza a las subastas privadas de obras de arte, en cualquier de sus modalidades (BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Yolanda, «La subasta», op. cit., pp. 32-33; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Comentario al artículo 115», en AA.VV., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 1679).

Consideramos que para que sea de aplicación este régimen especial el vendedor debe tener la condición de profesional (o coincidir con el subastador) y el comprador de consumidor, sin que sea suficiente que la casa de subastas (que en el contrato de compraventa actúa en nombre del vendedor) sea siempre profesional. Así lo entiende también BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Yolanda, *La compraventa*, op. cit., p. 335. En contra, GASPAS LERA, Silvia, *La venta en pública subasta*, op. cit., pp. 180 y 188 (en especial, nota 374), señalando que la venta en pública subasta nunca podrá ser entre particulares por la condición de empresa del subastador.

de arte –el motivo más recurrente en la práctica–, sería, en su caso, la de la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento (error o dolo, según las circunstancias)²⁸.

El comprador puede dirigirse contra el vendedor en el ejercicio de la acción que corresponda pero, en virtud del artículo 61.2 LOCM, también contra la casa de subastas si ésta ha incumplido su obligación de evaluar y describir con veracidad el bien. De hecho, esto último será lo normal en la práctica pues con la casa de subastas es con quien el comprador ha tenido contacto y, por otra parte, desconoce la identidad del vendedor. La entidad responderá con la misma extensión que el vendedor, incluyendo la restitución del precio y configurándose así el citado artículo como un refuerzo o garantía para los intereses contractuales del comprador²⁹. En algunas ocasiones incluso podrá tener un alcance mayor que la responsabilidad del vendedor, teniendo en cuenta que para que entre en juego el precepto de la LOCM es necesario un comportamiento negligente de la entidad (que no tiene por qué concurrir, necesariamente, en el vendedor, para quien, por tanto, no siempre surgirá la obligación de indemnizar). Así, por ejemplo, si se ejercita la acción redhibitoria frente a la casa de subastas en aplicación del anterior precepto, ésta estará obligada a la devolución del precio y los gastos así como al resarcimiento de los daños y perjuicios (art. 1486 I y II CC)³⁰. Bajo el mismo razonamiento, pero en el supuesto de la anulabilidad por error, la casa de subastas estaría obligada, en su caso, a la restitución del precio así como a responsabilidad por culpa *in contrahendo*³¹.

Así conceptuada, la responsabilidad de la casa de subastas derivada del artículo 61 LOCM se ha considerado en la doctrina como responsabilidad por culpa, es decir, por

²⁸ No todos los remedios han sido aceptados por igual por la jurisprudencia. Sobre las distintas soluciones en profundidad, nos remitimos a CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *La venta voluntaria*, op. cit., pp. 120 y ss.; SÁNCHEZ DE LEÓN RAMÓN-BORJA, José, «La protección del comprador», op. cit., pp. 591 y ss. Especialmente, respecto del error, BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Yolanda, *La compraventa*, op. cit., pp. 115 y ss.

²⁹ CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *La venta voluntaria*, op. cit., p. 139. También entiende que sería posible extraer esta consecuencia del tenor literal del artículo ATAZ LÓPEZ, Joaquín, «Venta en pública subasta», op. cit., p. 696.

³⁰ Esto último derivado de su incumplimiento de la obligación de informar. En este sentido, la mala fe que se exige para que surja la acción de daños y perjuicios derivaría de no haber informado al comprador de los vicios de la cosa que conociera al tiempo de la celebración del contrato o que debiera haber conocido y, por su negligencia, no conoció (DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Comentario al artículo 1486», en CAÑIZARES, Ana; DE PABLO, Pedro; ORDUÑA, Javier, et. al. (dirs.), *Código civil comentado*, vol. IV, 2ª ed., Civitas, Navarra, 2015, p. 208).

³¹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, «Comentario al artículo 1303», en CAÑIZARES, Ana; DE PABLO, Pedro; ORDUÑA, Javier, et. al. (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, 2ª ed., Civitas, Navarra, 2015, p. 741.

Esta aplicación del artículo 61.2 LOCM es la que se observa en la –escasa– jurisprudencia. De hecho, si bien de las resoluciones no es posible identificar la mayoría de las veces los distintos conceptos que componen la cantidad a abonar al comprador, lo que sí se sabe en todas ellas es que al menos sí se refieren a la restitución del precio. Nos remitimos a las resoluciones recogidas en la nota a pie de página núm. 36.

haber actuado negligentemente a la hora de examinar y valorar la obra de arte y proceder a su descripción (porque, por ejemplo, no ha llevado a cabo ninguna verificación respecto de su antigüedad o autoría o no las suficientes)³². Nótese que, aunque evidentemente este tipo de análisis no es infalible, sí que hay que tener en cuenta que el nivel de diligencia exigible no será el de una persona media sino el correspondiente al de un profesional y experto del sector³³. Nótese, asimismo, que el fundamento por el que la casa de subastas puede verse obligada a restituir al comprador el precio en virtud de la LOCM –por ejemplo, por resolución del contrato o anulación del mismo por vicios del consentimiento– no coincide con el del vendedor, quien responde en esos casos con independencia de su comportamiento culposo (aunque éste sí tenga relevancia, en su caso, a efectos de la indemnización por los daños y perjuicios).

Contrastan con este escenario jurídico cláusulas que son comunes a todos los clausulados predispuestos por las casas de subastas y por las que éstas se exoneran completamente de responsabilidad en el caso de que algún aspecto de la descripción del lote resultara no ser exacto. Aunque hay variaciones entre ellas, una redacción estándar de la cláusula sería la siguiente: «Los datos relativos al autor, origen, antigüedad, procedencia y estado de los lotes se incluyen tras una cuidadosa investigación, comprobación y asesoramiento, pero sobre su exactitud, la Casa de subastas no acepta responsabilidad alguna. Los interesados deberán formarse sus propias opiniones respecto a las piezas antes del cierre de la subasta».

Una de estas estipulaciones es valorada por la sentencia de la AP de Barcelona (16ª) de 24 de julio de 2003 (JUR\2003\213815), al conocer de una acción de anulabilidad del contrato de compraventa interpuesta por el comprador frente a la casa de subastas. Al demandante le había sido adjudicado un reloj descrito en el catálogo como reloj marca *Patek Philippe* («Reloj. Realizado en oro amarillo de 18 K. de caballero. Caja redonda con numeración arábiga. Marca *Patek Philippe, Geneve*») que, días más tarde, como

³² GÓMEZ PÉREZ, Fernando, «Comentario», op. cit., pp. 484-486; ATAZ LÓPEZ, Joaquín, «Venta en pública subasta», op. cit., p. 697; BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Yolanda, *La compraventa*, op. cit., pp. 329; GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian, «El régimen jurídico», op. cit., p. 31; GASPAREL, Silvia, *La venta en pública subasta*, op. cit., p. 194.

³³ GÓMEZ PÉREZ, Fernando, «Comentario», op. cit., p. 439. Éste puede reforzarse por el compromiso de la propia casa de subastas al referirse en sus condiciones a un «exhaustivo estudio» «por medio de sus equipos especializados (SAP Barcelona (16ª) 22 febrero 2007 (JUR 2007\204407)) o relativizarse en función de la técnica disponible y razonable al tiempo de realizarse la valoración (piezas respecto de las que no existen suficientes estudios científicos o procesos desproporcionadamente caros o que incluyen riesgo de dañar la pieza). BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Yolanda, *La compraventa*, op. cit., p. 326, apunta como variables a tener en cuenta para evaluar la diligencia del profesional las características de la obra, la identidad del vendedor, el tiempo que la obra haya sido de su propiedad o el grado de autenticidad que ha atribuido a la misma.

consecuencia de un encargo para su limpieza, se desvela como no auténtico al informar el concesionario de la marca que «devolvimos sin reparar por no tratarse de una pieza original (la caja de dicho reloj no es original)». El adjudicatario del reloj reclama a la sala de subastas, quien consulta al anterior propietario sin que éste satisfaga la pretensión de devolución del importe del reloj. Interpone entonces demanda contra la sala de subastas solicitando que se declare la anulabilidad del contrato por error vicio del consentimiento. Por su parte, la sala opone la existencia en el contrato de una cláusula por la que de manera expresa no se hace responsable frente al adjudicatario de la exactitud de las declaraciones contenidas en el catálogo, entre otras, las relativas al autor o autenticidad de la obra u objeto. Sin embargo, la Audiencia condena a la casa de subastas demandada a abonar al adjudicatario las cantidades pagadas por el reloj (el precio más comisión e IVA). Y lo hace, entre otros, en virtud de los artículos de la LOCM anteriormente citados. Como señala en su argumentación el órgano jurisdiccional, el hecho de que exista una normativa legal concreta que impone a la subastadora la obligación de ofrecimiento de información veraz por la profesionalidad de su intermediación, hace que no pueda imponerse al cliente una exención de responsabilidad en unos términos tan amplios. La falta de diligencia por la que se le imputa responsabilidad a la casa de subastas se fundamenta, en este caso, en haber confiado en la apariencia y manifestación del anterior propietario, habiendo reducido sus comprobaciones a la materialidad del metal sin entrar en la autenticidad de la marca.

Dentro de la relativamente escasa jurisprudencia en materia de subastas de obras de arte, son varias las ocasiones en las que los tribunales se han pronunciado en este mismo sentido, señalando la responsabilidad solidaria de las casas de subastas con el vendedor en aplicación conjunta de los artículos 58 y 61.2 LOCM³⁴. De estas

³⁴ Además del supuesto de hecho del reloj, se condena a una casa de subastas a la restitución de la prestación pagada por el comprador por aplicación del artículo 1303 Código civil (error) en el caso de la adquisición de un dibujo atribuido a Picasso (sobre cuya autoría aparecen dudas posteriormente), teniendo en cuenta que la casa de subastas había dado por bueno y sin investigarlo un certificado dudoso que había aportado el vendedor (SAP Barcelona (16ª) 22 febrero 2007 (JUR\2007\204407)); y también en la venta en subasta de un cuadro de *Morandi* que resultó no ser auténtico, pues no se acreditó que se hubiera llevado a cabo ni un mínimo juicio técnico para comprobar la autoría ni para clarificar las dudas sobre un certificado que no presentaba ninguna firma legible ni daba credibilidad a la cadena de custodia entre los herederos del pintor y los sucesivos propietarios, teniendo en cuenta, además, el elevado precio de puja de la obra (SAP de Barcelona (14ª) de 25 de junio de 2013 (JUR\2013\269486)). Por su parte, la sentencia de la AP Madrid (11ª) 26 noviembre 2012 (AC\2012\2270), respecto de la adquisición de dos obras de René Portocarrero y Amelia Peláez (tal y como se anunciaba en el catálogo, aunque una prueba pericial posterior demostrara que no correspondían a dichos autores) y en aplicación de los artículos 1101 y 1124 Código civil, condenó a la entidad a devolver al comprador el dinero que le entregó como precio y otras cantidades –no especificadas– como indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento. Aunque

resoluciones se extrae que es irrelevante la existencia de cláusulas de exención de responsabilidad general no aceptadas por la actora mediante un proceso negociado. Del mismo modo que tampoco tiene consecuencias que en esas cláusulas se traspase al licitador la carga de formarse su propia opinión sobre las características y autoría de la obra por la oportunidad que tiene de acceso a ella en el período de exposición previa. La ley pone sobre la sala de subastas la obligación del control de veracidad de las ofertas y, como se señala, si la sala, tras las comprobaciones pertinentes y un examen reposado, no ha sido capaz de determinar su autenticidad, mucho menos lo será un adquirente, en muchos casos consumidor sin experiencia: «el comprador, y más si se trata de un consumidor no especialista, está legitimado para confiar en que la referencia del objeto que se anuncia en la subasta es la correcta» (SAP Barcelona (16ª) de 24 de julio de 2003 (JUR\2003\213815))³⁵.

Por otro lado, de los supuestos de hecho expuestos se deduce también que una cláusula como «[E]n los lotes que figura la existencia de un estudio, certificado o publicación realizado por un especialista ajeno a esta Sala, se considera que el comprador acepta como válido dicho documento en cuanto a garantía de autenticidad», no permitiría a la casa de subastas exonerarse de toda responsabilidad. Si existe un certificado aportado por el vendedor pero éste es dudoso y respecto del mismo no ha llevado a cabo el subastador la comprobación que la diligencia exigible como experto habría hecho aconsejable en la preparación de la subasta, igualmente estará sujeto a responsabilidad si después la obra resulta no ser auténtica.

Por lo tanto, cláusulas de este estilo no son conformes a Derecho y no serían oponibles al comprador, que seguiría teniendo tanto frente al vendedor como frente a la casa de subastas los correspondientes remedios. Además de contravenir expresamente varios

no hay condena sobre restitución de cantidades, también pone de manifiesto la responsabilidad de la casa de subastas en virtud del artículo 61.2 LOCM la sentencia de la AP Navarra (3ª) 5 febrero 2008 (Jur\2008\183894), respecto de la adjudicación de un cuadro «de Francisco de Goya y Lucientes» que resultó ser luego solo «atribuido» al pintor, no habiendo realizado la casa de subastas una labor de contraste respecto de un certificado firmado por una sujeto del que no constaba su carácter de especialista y con un sello que de una «*librairie*», mientras que en la descripción se ofrecía claramente como una obra auténtica del pintor y certificada por un galerista (error vicio del consentimiento); o la sentencia de la AP Pontevedra (6ª) 28 diciembre 2018 (Jur\2019\48479), en la venta en pública subasta por puja telefónica de un cuadro «atribuido a» El Greco que resultó ser una copia datada en 1934, dada la envergadura de la inautenticidad de la obra que hacía que la atribución «no es que fuese dudosa, sino que tenía que estar radicalmente descartada» (entre otros, en relación con la falta de conformidad por no información precontractual).

³⁵ Es expresiva manifestando su sorpresa ante la alegación de la casa de subastas de hacer recaer en los clientes la carga de averiguar si lo que ella ofrece responde o no a lo que se dice en el catálogo la sentencia de la AP Madrid (11ª) 26 noviembre 2012 (AC 2012\2270). Como apunta GÓMEZ PÉREZ, Fernando, «Comentario», op. cit., p. 459, nota 22, la mera posibilidad de inspeccionar los bienes no puede implicar la irrelevancia jurídica de la descripción ofrecida.

preceptos imperativos³⁶, también resulta contradictorio en este tipo de cláusulas dar intencionadamente una apariencia de garantía de trabajo cuidadoso y de calidad –atrayendo el interés del potencial comprador e incluso del vendedor para que elija esa casa de subastas en concreto para procurar la venta del bien de su propiedad– y, a la vez, pretender no hacerse responsable en ningún caso por ese mismo trabajo.

Por último, como hemos señalado, la LOCM no limita su ámbito de aplicación solo a los contratos de consumo con lo que de esta protección que hemos venido exponiendo en líneas anteriores se beneficia todo adquirente, sea o no consumidor. De hecho, en alguna de las resoluciones citadas el adquirente era una sociedad mercantil. Sí, además, el adjudicatario tiene la condición de consumidor, podemos reforzar su posición con el TRLGDCU³⁷. Por un lado, con el deber general de información precontractual del artículo 60 (y del artículo 97, en el caso de contratos a distancia), que impone al profesional la obligación de facilitar al consumidor, antes de que éste quede vinculado, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato (y las «características principales de los bienes» -por ejemplo, su autenticidad- lo son, evidentemente)³⁸. Por otro lado, una cláusula de exoneración tan amplia incluida en un contrato predispuesto representa un claro ejemplo de desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor y en contra de la buena fe. Rebaja el nivel de diligencia exigible al subastador en el desarrollo de su actividad profesional e incrementa, por el contrario, el del consumidor. Se trataría de un ejemplo de cláusula abusiva subsumible en el supuesto de hecho del artículo 86.1 TRLGDCU, que declara abusiva la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o por cumplimiento defectuoso del empresario, toda vez que se exonera indiscriminadamente de cualquier responsabilidad e impide al

³⁶ Este carácter le atribuye al artículo 62.1 LOCM, entre otros, REBOLLEDO VARELA, Ángel, «Comentario a los artículos 56 a 61. Venta en pública subasta», en AA.VV., Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista, Tecnos, Madrid, 1997, p. 845.

³⁷ Coincidimos con CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *La venta voluntaria*, op. cit., pp. 42 y 118, en que, a pesar de que el contrato de compraventa no sea de consumo porque el vendedor no actúe como un profesional, si el adquirente es consumidor frente a la casa de subastas, se verá protegido a los efectos de las obligaciones de información precontractual de los contratos de consumo. Aunque la casa de subastas actúe por mandato de un vendedor particular, es con un empresario con quien trata en todo momento el comprador y quien emite la oferta para contratar y esto tiene implicaciones en cuanto a la información precontractual a proporcionar.

³⁸ En este sentido, respecto de un cuadro incorrectamente atribuido a El Greco, la sentencia de la AP Pontevedra (6ª) 28 diciembre 2018 (JUR 2019\48479), resalta, junto con el artículo 58 LOCM, la importancia de la obligación de información precontractual del artículo 97 TRLGDCU respecto de las características principales de los bienes.

consumidor cualquier pretensión indemnizatoria, también la derivada de su actuación culposa o negligente³⁹.

Similares precisiones serían válidas para cláusulas más concretas del estilo: «Todas las medidas son aproximadas y la Casa de Subastas no se hace responsable de errores tipográficos», ya que quien ha tenido un acceso directo a la obra y es la encargada de confeccionar el catálogo y las descripciones en él contenidas es la casa de subastas⁴⁰. Por el contrario, otras exoneraciones parece que están justificadas. Sería el caso, a nuestro juicio, de una cláusula por la que la sala de subastas «no garantiza el estado de conservación de los vinos» subastados, si es imposible determinar el estado exacto del contenido del interior de una botella.

2.2.2. «Devoluciones»

Bajo este epígrafe, que hemos denominado intencionadamente «devoluciones», de manera jurídicamente poco precisa, queremos hacer referencia a un conjunto de distintos supuestos que, en realidad, no son sino una continuación del anterior apartado. Nos referimos a cláusulas presentes también, de una manera u otra, en una buena parte de las condiciones generales de la contratación de las casas de subastas excluyendo las «reclamaciones» o «devoluciones» con el siguiente (o similar) tenor: «No se admitirá bajo ningún concepto ninguna reclamación sobre los lotes adjudicados transcurridos 15 días desde la emisión de la factura correspondiente a los mismos por parte de la Casa de Subastas»; «No se admitirán cambios. No procede el derecho de desistimiento. Solo en los casos en que el objeto recibido por el comprador no se corresponda con la descripción o tenga desperfectos importantes no indicados en la descripción, el comprador dispondrá de 14 días naturales a partir de la fecha de recepción del envío [en otros casos el *dies a quo* es la fecha de la subasta o la fecha de emisión de la factura] para realizar la devolución del objeto».

Dejando a un lado de momento lo concerniente al derecho de desistimiento, del que nos ocuparemos en un epígrafe específico, e hilando con el apartado previo, este tipo de cláusulas predispuestas son abusivas en una relación de consumo en la medida en

³⁹ La amplitud de su supuesto de hecho engloba cualquier tipo de incumplimiento, aunque habría que ponerlo también en relación con el artículo 86.5, que, de la misma manera, específicamente declara abusivas las cláusulas que limiten o excluyan la facultad de resolución por incumplimiento. Por el contrario, no encajarían las exoneraciones analizadas en el epígrafe en el apartado 2º del artículo 86, pues, si bien se refiere a responsabilidad por daños, debe interpretarse limitado a los daños personales, tal y como apunta GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Comentario al artículo 86», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 1270-1271.

⁴⁰ Piénsese, además, que, por una cuestión de distancia, no siempre el licitador acude a la exposición previa, aunque la haya, lo que estaría en coherencia con el hecho de poder pujar en línea o por teléfono.

que privan al adjudicatario de sus derechos frente a defectos o desperfectos en la obra (es decir, exclusión o limitación de los derechos del consumidor por incumplimiento total o defectuoso del empresario, en particular, de los derechos frente a la falta de conformidad y la exclusión de la facultad de resolver el contrato (arts. 86.1 y 86.5 TRLGDCU)). Recordemos el elenco de acciones en manos del comprador a las que habíamos hecho referencia antes. Pues bien, limitar mediante una cláusula no negociada a 14 o 15 días la posibilidad de cualquier reclamación respecto del objeto adquirido (en algunos casos, además, a contar, no ya desde su recepción, sino desde la subasta –quizás el comprador ni ha tenido oportunidad de tener un acceso directo a la obra– o desde la emisión de la factura –momento indeterminado que puede quedar en manos de la casa de subastas–) supone cercenar claramente los derechos del comprador consumidor.

Pero, además, y volviendo a la posición de la casa de subastas, como sabemos, el artículo 61.2 LOCM permite a cualquier comprador dirigirse indistintamente contra el vendedor o contra ella en el caso de falta de conformidad o vicios ocultos si la entidad ha incumplido con su deber de información veraz⁴¹. Por lo tanto, una cláusula, en la línea de las anteriores, según la que «cualquier otra reclamación [transcurrido el plazo de 14 o 15 días] que quiera hacer el comprador por datos no exactos o falsedad de la pieza, deberá ir dirigida inexcusablemente al vendedor, en tanto que la Casa de subastas no asume la autenticidad de la pieza sino únicamente la mediación en la venta», es directamente contraria a la LOCM. Ciertamente, elimina la garantía que supone la responsabilidad solidaria de la casa de subastas, a la que se le podrá reclamar, a través de la acción que corresponda, tanto la restitución del precio como una indemnización por daños y perjuicios (pues que entre en juego el artículo 61.2 LOCM presupone un comportamiento previo negligente de la subastadora en su deber de información)⁴². De ahí que, por el mismo motivo, también consideremos abusiva una cláusula por la que el comprador de un lote que se ha visto afectado por una descripción incorrecta del mismo sea quien deba hacerse cargo de los gastos de

⁴¹ Como señala la sentencia de la AP de Madrid (18ª) de 10 de marzo de 2016 (AC\2016\498), no había prescripción de la acción resolutoria «por mucho que se afirmara que en los catálogos se establecía un plazo breve para impugnar una compraventa, lo cual sería trascendente si la resolución se fundara en incumplimientos de pactos aceptados mediante la también aceptación de ese catálogo, pero no cuando lo que se ejercita es una acción resolutoria por inhabilidad del objeto y cuando existe una normativa específica como lo es la LOCM».

⁴² Nos remitimos a lo expuesto en el epígrafe anterior respecto del artículo 61.2 LOCM.

embalaje y transporte en su restitución, así como de «cualquier otro gasto generado por la devolución»⁴³.

Con el mismo argumento, es de observar también que la garantía frente a falsificaciones que parece otorgar al comprador una cláusula según la que se permite la «rescisión» de la venta del lote y la correspondiente devolución del precio si el comprador «notifica por escrito a la Casa de subastas, antes de los quince días naturales siguientes a la celebración de la subasta que, en su opinión, el lote es una falsificación deliberada, debiendo demostrarlo de manera fehaciente», no es tal garantía o al menos no en todos los sentidos⁴⁴. Ante un supuesto de falsificación y a la vista del artículo 61.2 LOCM, la cláusula solo supone una garantía añadida para el comprador en aquellos casos en los que *no* ha habido problemas de información veraz –es decir, en los que no era posible detectar la falsificación desplegando la diligencia adecuada–, pues es en ellos –y solo durante 15 días– cuando la casa de subastas se sujeta a responsabilidad en virtud de la cláusula sin estar legalmente obligada a hacerlo por la LOCM⁴⁵.

2.2.3. Gastos de la subasta

Recordemos que dentro del marco del contrato de subasta entre el propietario de la obra y el subastador éste realiza los actos necesarios para la oferta y para la preparación del acto de licitación. Esto es, normalmente, la tasación de la obra, su

⁴³ «Es irrenunciable la facultad resarcitoria en caso de perjuicios contrastados a causa de defectos en la prestación del servicio contratado, imputables al profesional», apunta GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Comentario al artículo 86», op. cit., p. 1269.

⁴⁴ CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *La venta voluntaria*, op. cit., pp. 141-142, llega a una conclusión parecida, aunque respecto de una cláusula con mayores restricciones que la que nosotros señalamos. En ese caso, se exceptuaba la «garantía» si la descripción coincidía con las opiniones de los expertos en ese momento o si no había método científico para establecer la falsificación o era excesivamente caro. La cláusula limitaba tanto el supuesto de hecho que al final la casa de subastas respondía en la práctica solo si había incurrido en culpa.

⁴⁵ Este tipo de cláusulas parecen inspiradas en cláusulas de casas de subastas inglesas que introducen lo que denominan como una *Authenticity Warranty*. Es el caso, por ejemplo, de *Christie's*, que garantiza al comprador original la autenticidad de los lotes durante los cinco años siguientes a la fecha de la venta, si el comprador aporta prueba de su reclamación, o durante los doce meses siguientes en el caso de falsificaciones de ciertas obras de arte contemporánea o moderna asiáticas (justificándose la reducción de la garantía en este último caso pues no existen estudios actuales que versen sobre este tipo de arte y que permitan hacer afirmaciones concluyentes). Es de observar el contraste entre los plazos de garantía de esta cláusula y los 15 días naturales. Aunque también es cierto que, mientras que la garantía de la cláusula citada en el texto principal sería objetiva –en el sentido de que no se condiciona a ningún requisito más que al de la prueba fehaciente–, la garantía de *Christie's* se supedita, entre otros, a que la descripción no coincidiera con la opinión generalmente aceptada de los expertos o a que la falsificación no pudiera ser detectada con los procedimientos científicos razonables y disponibles en la fecha de la oferta pública (lo que GÓMEZ PÉREZ, Fernando, «Comentario», op. cit., p. 487, denomina como la exclusión por «riesgos de desarrollo»).

inclusión en el catálogo, su exposición previa a la subasta y, de manera indisoluble a lo anterior, la custodia del bien durante todo ese tiempo.

Los clausulados difieren en el tratamiento de los gastos que generan estas actividades. En algunos casos corren a cuenta de la casa de subastas (por ejemplo: «El vendedor no tendrá que pagar más gastos que los expresados en el apartado anterior [comisión y gastos de transporte desde el domicilio del vendedor hasta la Casa de subastas], ya que los correspondientes a seguro, catalogación, fotografía, almacenaje y publicidad correrán a cargo de la Casa de subastas»), salvo que se encargue alguna otra tarea no inherente a la subasta –como la restauración, limpieza o enmarcado de la obra– que, lógicamente, se facturarán de modo independiente (e independientemente de que la obra se venda al final o no).

En algún otro caso, por el contrario, ciertos costes se delimitan de una manera separada a la comisión. Dejando a un lado de momento los gastos por el aseguramiento de las obras, nos referimos a cláusulas como: «La reproducción de los lotes en los catálogos de la Casa de subastas, serán por cuenta del depositante/vendedor». ¿A cargo de quién deben estar los gastos vinculados a la subasta (en el ejemplo, el gasto de catalogación)? El artículo 57.2 LOCM atribuye a la empresa que desarrolla la actividad los «gastos de la subasta», «incluidos los de custodia y, en su caso, tasación» así como «la obligación de custodia y exposición de los bienes y, en su caso, los de inclusión en el catálogo». Lo hace «en defecto de pacto expreso» o «salvo estipulación en contrario», con lo que se trata de una norma dispositiva modificable *a priori* por las partes. Sin embargo, en el caso de que el contrato de subasta sea, además de un contrato no negociado, un contrato de consumo –es decir, que el propietario de la obra no promueva su venta dentro del ámbito de su profesión–, el Derecho dispositivo se convierte en cierto modo en imperativo en la medida en que representa la mejor y más neutra composición de intereses y, en este sentido, el parámetro de control para determinar el equilibrio de una cláusula⁴⁶. De este modo, si, salvo pacto en contrario, el propietario de la obra no debe «entregar por este concepto remuneración adicional alguna, fuera del precio o gratificación establecido»⁴⁷, una cláusula impuesta y no negociada que atribuya el pago

⁴⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Comentario», op. cit., pp. 738-744. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 1982, p. 1061, había puesto ya de manifiesto el valor de la norma dispositiva como límite al responder «a lo que se ha estimado normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido, de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones».

⁴⁷ Esta mención se encuentra directamente referida a los gastos de custodia y tasación y no en el párrafo de los gastos de exposición y catalogación, pero parece que pueda entenderse aplicable a todos ellos pues la *ratio* es la misma: que los gastos inherentes a la subasta corran por cuenta de la empresa de subastas y, por tanto, el propietario de la obra solo abone la comisión.

de estos gastos al propietario (consumidor) sin una justificación objetiva, podría ser considerada como abusiva por desequilibrada en perjuicio del consumidor⁴⁸. En referencia a los gastos de inclusión en el catálogo, un coste añadido a la comisión por la promoción de la venta en pública subasta podría tener sentido si está relacionado con una posición de la obra destacada dentro del catálogo, por ejemplo, por el tamaño de la fotografía. Pero el coste de una reproducción que pudiéramos denominar como «estándar», a nuestro juicio, quedaría comprendido dentro de lo que la LOCM califica como gastos de inclusión en el catálogo⁴⁹. No nos es ajeno que esto sería tan simple como repercutir el gasto –que, además, suele representar una cantidad poco significativa– a la retribución a cobrar al propietario por la promoción de la venta en pública subasta pero, al menos, ésa sería una cifra final fácilmente comparable para el consumidor y necesaria desde el punto de vista de la transparencia respecto del precio total.

2.2.4. Sobre la custodia de los bienes

Derivada del contrato de subasta entre el propietario de la obra y la casa de subastas se produce la entrega del bien por parte del primero para su catalogación y exposición, en un primer momento, y para, en su caso, la ejecución del contrato con la entrega al comprador. Esto conlleva la custodia de la obra por la subastadora, como una obligación accesoria, hasta el acto de licitación y, después, hasta su recogida por el comprador (si se ha adjudicado) o por el vendedor (si no se ha adjudicado y no se desea una nueva subasta o venta directa).

Desde la óptica de la responsabilidad frente al propietario vendedor, ya hemos señalado cómo en la LOCM los gastos de custodia de la obra son puestos a cargo de la casa de subastas, salvo pacto en contrario. En la práctica, las casas de subastas contratan una póliza de seguros para la cobertura de los posibles daños o pérdida de los bienes. Al fin y al cabo, cuando de obras de arte se trata, el valor de las piezas que almacenan puede llegar a ser notable. Algunas casas de subastas asumen el coste del seguro mientras que otras lo repercuten al propietario de la obra («Los objetos de arte serán asegurados por la Casa de subastas siendo a cargo del vendedor los gastos correspondientes, que serán un 0.50% sobre el precio de salida»). Para valorar la licitud de una cláusula así en un contrato no negociado de consumo debemos partir de la delimitación de la obligación de la casa de subastas respecto a la custodia del bien. No

⁴⁸ ASENSI MERÁS, Altea, *Régimen jurídico*, op. cit., p. 107, por el contrario, opina que el pago de estos gastos por la casa de subastas se puede exceptuar por medio de condiciones generales.

⁴⁹ Para una descripción completa del lote (algo que, además, interesa a ambos –propietario y casa de subastas–), parece conveniente, al menos respecto de algunos tipos de obras, incluir el texto descriptivo *stricto sensu* así como una imagen que permita a los licitadores apreciar la obra y animarse a pujar. Una imagen junto con el texto es lo habitual hoy en día, por ejemplo, en los catálogos de pintura.

siendo adecuado el régimen previsto para el depósito en los casos de pérdida o deterioro de la cosa, dada la naturaleza del contrato de subasta⁵⁰, pero sí el del contrato de comisión, el artículo 266 Código de Comercio apunta que el comisionista responderá de la conservación de las mercaderías o efectos por cuenta ajena que tuviera en su poder en el estado que los recibió, salvo que «la destrucción o menoscabo sean debidos a casos fortuitos, fuerza mayor, transcurso de tiempo o vicio propio de la cosa»⁵¹. Por lo tanto, la casa de subastas responde por negligencia en su deber de custodia (y, en todo caso, deberá probar la existencia de caso fortuito o fuerza mayor para poder exonerarse de responsabilidad⁵²). Imaginemos que se produce una sustracción de una obra por un deficiente servicio de vigilancia o seguridad, que una obra sufre un deterioro por una incorrecta manipulación por el personal en las instalaciones o que las condiciones de temperatura y humedad de las dependencias no son las adecuadas y se produce un menoscabo en un bien. Trasladar al propietario de la obra el coste de la póliza de un seguro que cubriera este tipo de sucesos sería tanto como separarse, sin un motivo objetivo que lo justificara ni una contrapartida, de la solución más equilibrada marcada, en este caso, por la norma dispositiva del artículo 266 Código de Comercio. Por lo tanto, consideramos que de nuevo estaríamos ante una cláusula potencialmente abusiva en la medida en que conlleva la exoneración de responsabilidad de la casa de subastas en supuestos en los que es a ella a quien le corresponde⁵³.

⁵⁰ La jurisprudencia así lo ha dispuesto para los contratos que no tienen como única finalidad la de custodia (GASPAR LERA, Silvia, *La venta en pública subasta*, op. cit., p. 94).

⁵¹ En relación con la obligación general de conservar la cosa del obligado a darla del artículo 1094 Código civil. Los parámetros para valorar la (no) previsibilidad o inevitabilidad de caso fortuito y fuerza mayor del artículo 1105 Código civil deben medirse con arreglo al grado de diligencia que resulte exigible al deudor (SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, «Comentario al artículo 1105», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 1304). Y este dependerá de la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, encontrándonos en este supuesto ante un profesional cualificado (RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno, «Comentario al artículo 1104», en CAÑIZARES, Ana; DE PABLO, Pedro; ORDUÑA, Javier, et. al. (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, 2ª ed., Civitas, Navarra, 2015, pp. 115-116).

⁵² Según el artículo 1183 Código civil, de vocación general, será el deudor que esté en poder de la cosa, quien debe probar que ha actuado sin culpa y que la destrucción o pérdida se produjo por caso fortuito o fuerza mayor, debido a la facilidad probatoria (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, «Comentario al artículo 1183», en CAÑIZARES, Ana; DE PABLO, Pedro; ORDUÑA, Javier, et. al. (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, 2ª ed., Civitas, Navarra, 2015, pp. 428-429).

⁵³ En el mismo sentido, CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *La venta voluntaria*, op. cit., p. 95 y, aunque de una forma más matizada, parece que también en algunos casos considera abusivas este tipo de cláusulas GASPAR LERA, Silvia, *La venta en pública subasta*, op. cit., p. 96. En verdad, aplicando estrictamente el razonamiento anterior acerca de la «semiimperatividad» del derecho dispositivo en contratos no negociados de consumo y a la vista del reparto de gastos del artículo 57 LOCM, podría ser considerada abusiva cualquier repercusión del coste de seguro al consumidor, también por daños fortuitos y fuerza mayor. Cuestión distinta es, de nuevo, que ese coste no se identifique de manera separada pero se cargue igualmente, reconducido a través de un incremento de la comisión a cobrar.

Similar argumentación podría aplicarse a una cláusula que señale que la casa de subastas admite las obras del vendedor en el estado en el que se encuentren, no aceptándose ninguna reclamación sobre restauraciones, roturas, desperfectos, etc., aunque no se hayan hecho constar en el correspondiente recibo de admisión. Con el último matiz de la cláusula se invierte la carga de la prueba en perjuicio del propietario del bien pues, si la obra presenta algún desperfecto tras pasar por las instalaciones de la subastadora, ésta nunca respondería o, en el mejor de los casos, tendría el propietario que demostrar que no existía tal deterioro en el momento de la entrega, alterando la regla según la que, si no se hace constar lo contrario, se presume que la cosa se recibió en buen estado (regla que podría derivarse, en sede del contrato de comisión, del artículo 265 Código de Comercio).

Por otro lado, también se reflejan en las condiciones generales de las casas de subastas cláusulas relacionadas con la custodia de la obra pero respecto del comprador, en referencia al periodo de tiempo que media entre la adjudicación en el acto de licitación y la recogida en persona por él mismo o por un medio de transporte contratado⁵⁴. Un ejemplo de cláusula en este sentido cuya licitud nos genera dudas en el ámbito de los contratos de consumo sería: «En ningún caso se podrán reclamar indemnizaciones o compensaciones sobre piezas que, habiendo sido subastadas o adjudicadas, hayan sido extraviadas, sustraídas de o en la subasta [...], limitándose expresamente la cantidad a devolver al importe de adjudicación de la pieza al comprador». El efecto de esta cláusula es el de limitar la responsabilidad de la casa de subastas, excluyendo en todo caso la obligación de indemnizar aquellos daños generados por la pérdida del bien subastado más allá del precio del mismo, y esto con independencia de que la pérdida se haya producido por caso fortuito o por negligencia o dolo del subastador pero, en todo caso, bajo su custodia.

Y lo mismo podríamos plantearnos ante otra cláusula que recoge una exoneración de responsabilidad por la custodia con la siguiente redacción: «Transcurrido el plazo, siete días, sin que el comprador haya retirado el lote o lotes adquiridos, devengarán unos

⁵⁴ Los clausulados de condiciones generales ponen a cargo del comprador los gastos de transporte para la entrega desde la casa de subastas (en algunos casos, ofreciendo la posibilidad de gestionarlo). Partiendo de que el subastador es quien está en posesión del bien, que ha de entregar en nombre del vendedor, no es contraria a Derecho esta disposición en la medida en que coincide con lo dispuesto por el artículo 1465 Código civil. Esto no quiere decir que la subastadora esté exenta de toda responsabilidad en el transporte: la sentencia de la AP Madrid (18ª) 2 abril 2009 (JUR 2009\247103) condena a una casa de subastas al pago al adjudicatario de una indemnización por unos pendientes tras su pérdida como consecuencia de un robo en el camión de la empresa que los transportaba. A pesar de que la mercancía viajaba, en aplicación de las condiciones generales, a portes debidos, la Sala de subastas había contratado la agencia de transporte y la modalidad del mismo –la más económica, sin declaración de valor a pesar de tratarse de brillantes–, sin haber consultado sobre este extremo al comprador, lo que hace que no se estimara como correctamente realizada su obligación de entrega.

gastos de custodia y almacenamiento de 6 euros diarios por lote. La Casa de subastas no se hace responsable de los posibles deterioros ocasionados en la pieza tras ese plazo». No ofrece dudas la primera parte de la estipulación por cuanto es razonable que si, transcurrido un periodo de tiempo prudente, el comprador no se ha hecho cargo del lote adquirido, se devengue una retribución que compense a la casa de subastas por la custodia del bien⁵⁵. Además de estar justificado el cargo, se trata de una cláusula que no peca de indeterminación puesto que el coste a pagar, en su caso, por el comprador, está claramente delimitado⁵⁶. Destacamos, sin embargo, de nuevo, el desequilibrio que supone la exoneración total de responsabilidad una vez transcurrido el plazo de recogida de la obra, a pesar de que se generen específicamente unos gastos en concepto de custodia. Es más, aunque según la interpretación mayoritaria del artículo 1452 Código civil es el comprador quien corre el riesgo de pérdida o deterioro de la cosa específica desde la perfección del contrato⁵⁷, y aunque la mora del comprador (acreedor) tenga consecuencias en cuanto a la atribución de los riesgos⁵⁸, en todo caso será respecto de los supuestos de caso fortuito pero no de pérdida o destrucción de la cosa por negligencia del deudor (casa de subastas).

En conclusión, todos estos supuestos tendrían cabida en la ya citada abusividad por exoneración o limitación de los derechos del consumidor por cumplimiento defectuoso del empresario (art. 86 TRLGDCU).

2.2.5. Exoneraciones respecto de problemas técnicos

Aunque la subasta se celebre presencialmente, es habitual que se acepten pujas por teléfono y de manera electrónica a través de la web. Por lo tanto, son varios los medios técnicos que pueden intervenir en el acto de licitación y que pueden generar problemas, especialmente teniendo en cuenta la rapidez con la que se suceden los lotes y las distintas pujas (segundos entre puja y puja y hasta el golpe de martillo, en la mayor parte de los casos). De ahí que en los clausulados predispuestos sean frecuentes cláusulas que se ocupan de las consecuencias de los potenciales contratiempos

⁵⁵ Este tipo de previsiones también se contienen respecto del propietario de la obra, si no recoge el lote no adjudicado dentro de un plazo determinado desde la subasta. Lo apuntado para la relación con el comprador puede hacerse extensivo a la relación con el propietario de la obra.

⁵⁶ Aunque en un ámbito totalmente distinto, en el del transporte aéreo de pasajeros, cláusulas por las que ante un incumplimiento del pasajero consumidor se imponía el cobro de «un cargo», sin especificar cuál, han sido declaradas abusivas por los tribunales por dejar en manos del predisponente la facultad de interpretación del contrato (SJMercantil Madrid (núm. 5) 30 septiembre 2013 (AC 2013\2038) y SAP Madrid (28ª) 26 julio 2017 (JUR 2013\297024)).

⁵⁷ RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia, «Comentario al artículo 1452», en CAÑIZARES, Ana; DE PABLO, Pedro; ORDUÑA, Javier, et. al. (dirs.), *Código civil comentado*, vol. IV, 2ª ed., Civitas, Navarra, 2015, p. 55.

⁵⁸ Se modifica el sistema normal del riesgo por la pérdida de la cosa, que pasa a cargo del acreedor (DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Civitas, Navarra, 2008, p. 740).

técnicos. Para que estas cláusulas sean aceptables, la exoneración de responsabilidad de la casa de subastas no puede ser general sino limitada a aquellos daños o perjuicios motivados por causas ajenas a la casa de subastas y fuera de su control (por ejemplo, por fallos en la red de Internet, retrasos o bloqueos del uso del sistema electrónico o sobrecargas de las líneas telefónicas). Es decir, por caso fortuito o fuerza mayor, siguiendo lo dispuesto por el artículo 1105 Código civil («causas ajenas», «fuera del control de la compañía», «causas de caso fortuito o fuerza mayor», «contingencias totalmente imprevisibles y por tanto ajenas a la buena fe de la empresa» son algunas de las expresiones que se utilizan). Por ello, una cláusula por la que la subastadora «no se hace responsable de la falta de contacto telefónico o de la pérdida del mismo» sería abusiva en la medida en que contempla dentro de la exoneración todas las posibles causas del problema de conexión que pudiera ocurrir durante una subasta, también aquellas ocasionadas por la propia entidad.

2.2.6. Cláusulas que dejan algún aspecto al arbitrio de la casa de subastas

Condiciones por las que la casa de subastas «podrá rehusar cualquier puja sin necesidad de justificación o explicación alguna» o por las que la sala de subastas pueda decidir establecer discrecionalmente un precio de reserva aunque no se haya pactado con el vendedor, serían, a nuestro juicio, cláusulas abusivas por vincular algún aspecto del contrato a la voluntad del empresario (art. 85 TRLGDCU). En concreto, podrían subsumirse en el apartado 3 del artículo 85, por ser cláusulas que reservan al empresario «facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo [...] que concurran motivos válidos especificados en el contrato»⁵⁹. En virtud del primer ejemplo de cláusula queda a juicio de la casa de subastas predisponente determinar qué pujas son válidas, lo que puede cercenar el derecho de los licitadores de participar en la subasta y ver frustradas sus expectativas de adjudicarse un lote. Para su validez debería delimitarse la facultad de la casa de subastas de rechazar una puja a aquellos supuestos en los que estuviera justificado como, por ejemplo, por no alcanzar el mínimo requerido según la escala de pujas y la puja precedente o por haberse presentado fuera de plazo. En un sentido similar, pero respecto de su relación contractual con el propietario de la obra, la segunda cláusula deja en manos de la casa de subastas («discrecionalmente»), la existencia de un precio de reserva, mínimo que

⁵⁹ El fundamento de la abusividad de estas cláusulas se asienta en el principio de interdicción de la arbitrariedad del artículo 1256 Código civil, por el que el contrato no puede quedar en manos de uno de los contratantes.

puede ir contra los intereses del vendedor porque puede tener como consecuencia la no adjudicación de la obra a pesar de existir licitadores interesados⁶⁰.

Un efecto semejante genera una cláusula predispuesta, bien frente al vendedor, bien frente al comprador, según la que «las presentes condiciones constituyen el acuerdo íntegro existente entre Usted y nosotros en relación con el objeto de las mismas y sustituyen a cualquier otro pacto, acuerdo o promesa anterior contenida entre Ud. y la Casa de Subastas, verbalmente o por escrito». Las estipulaciones que tienen por objeto privar de efectos a aquellos acuerdos individuales a los que pudiera haber llegado el adherente con el empresario o sus representantes suponen un ejemplo de vulneración de la regla –imperativa– de interpretación de la prevalencia de las condiciones particulares, específicamente previstas para un contrato, respecto de las condiciones generales (art. 6.1 LCGC). Se trataría de una cláusula sorprendente⁶¹ en la medida en que difícilmente puede un contratante imaginar que un pacto particular cerrado con un sujeto con poderes suficientes de representación y al que ha llegado respecto de su contrato concreto va a quedar al final sin efecto (incluso aun habiéndose pactado por escrito), debido a una cláusula predispuesta incluida en unas condiciones generales de la contratación de aplicación a cualquier adherente, sea o no consumidor. Si, además, se trata de un contrato de consumo, la ineficacia de la cláusula se refuerza con lo dispuesto en el artículo 85.9 TRLGDCU que viene a subrayar como abusivo un supuesto de hecho similar⁶².

Y también consideramos que puede ser calificada de sorprendente una cláusula que faculte a la casa de subastas a sacar de nuevo el lote a subasta a la mitad de precio sin obligación de previo aviso al vendedor si, tras no haber sido adjudicado el lote en la subasta, el vendedor no lo retirara en 15 días o no fijara un nuevo precio de salida. La combinación de un período breve de tiempo, una rebaja sustancial del precio de salida y la no necesidad de comunicación, todo ello inserto en una cláusula no negociada dentro de las condiciones generales de la contratación, nos lleva a pensar en un desequilibrio contrario a la buena fe. Esta cláusula supone una autorización tácita del

⁶⁰ Lo normal es que exista un acuerdo al respecto entre el propietario de la obra y la casa de subastas. Pero, por mucho que esta última sea quien tenga normalmente una mayor experiencia y mejor posición para poder fijar el precio de reserva, no parece que pueda imponerlo unilateralmente, más si hablamos de un contrato celebrado en interés del comitente.

⁶¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 302 y ss.

⁶² Como señala GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario al artículo 85.9», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 1246, el predisponente busca con estas cláusulas evitar que el contenido de un clausulado previamente redactado pueda ser alterado o ampliado por lo negociado directamente con el empresario o sus representantes.

vendedor a una nueva subasta con condiciones desventajosas por la sola aceptación global de todo un clausulado predispuesto⁶³.

No encontramos ningún problema, por el contrario, en una cláusula típica en los clausulados predispuestos por la que, en el caso de no haberse vendido el lote en la subasta y no haber sido retirado por el vendedor en un plazo de tiempo determinado, el subastador tiene un derecho de retención mientras que no se abone la cantidad generada en concepto de almacenaje (arts. 276 CCo y 1730 CC).

2.2.7. Cláusulas de sumisión expresa

Algunos clausulados de condiciones generales incluyen una cláusula de sumisión expresa a los tribunales del domicilio de la casa de subastas, de tal manera que si el propietario de la obra o el comprador quiere demandar a la entidad, deberá hacerlo ante estos tribunales, con las molestias que esto puede generarle si vive en otra ciudad distinta (lo cual puede ser habitual dado que las casas de subastas están normalmente concentradas en ciertas ciudades del territorio nacional y, por otra parte, la puja online acerca virtualmente el acto de licitación a un público más amplio al eliminar las distancias).

Pues bien, si el comprador o vendedor tiene la condición de consumidor, hay que tener en cuenta una serie de preceptos que vienen a proteger su posición en este sentido y que pueden afectar a la validez de esta cláusula de sumisión expresa. Por un lado, el artículo 52.3 LEC faculta al consumidor que ejercite una acción individual a elegir entre el tribunal de su domicilio o el del domicilio del demandado (fuero general según los artículos 50 y 51 LEC). Del artículo 54.1 LEC se deriva que esta norma tiene carácter dispositivo pero el apartado 2º del mismo artículo excluye la posibilidad de modificar la competencia judicial objetiva que corresponda por un pacto de sumisión expresa en un contrato de adhesión o mediante condiciones generales o, en todo caso, en contratos de consumo. Es decir, cuando no ha habido negociación, para evitar una renuncia anticipada al derecho que concede la Ley aplicable y que suponga entorpecer el acceso

⁶³ Tomando la redacción que se utilizó en el Proyecto de LCGC para recoger la figura de las cláusulas sorprendentes (art. 5c)) –después eliminada–, esta estipulación posiblemente resulte tan insólita que el adherente no habría podido contar razonablemente con su existencia. Hoy en día, las cláusulas sorprendentes pueden considerarse abusivas en aplicación de la cláusula general de abusividad del artículo 82.1 TRLGDCU, como protección de las legítimas expectativas del consumidor y, en contratos entre empresarios, además del ya citado 6.1 LCGC, pueden ser nulas en virtud del artículo 1258 Código civil (por todos, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO, «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Tratado de contratos*, tomo II, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2049).

a la justicia por su efecto disuasorio⁶⁴. Este es el caso de aquellos contratos celebrados entre la casa de subastas y el propietario de la obra o el licitador/adjudicatario (consumidores) a los que se incorporan las condiciones generales. No será válida una cláusula que limita al consumidor la posibilidad de demandar a la casa de subastas en su domicilio.

Una solución similar ofrece el artículo 90.2 TRLGDCU al calificar como abusivo «un pacto de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o de aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble». Es cierto que no se establece una jerarquía entre ellos y que, por tanto, podría ser un fuero válido el del domicilio de la subastadora, por ser donde se celebra la subasta y se han de entregar las obras (art. 1171 CC). Pero a la vista de la especificidad del artículo 52.3 LEC introducido en 2015 para aumentar la protección del consumidor, consideramos que una cláusula que elimina su posibilidad de elección del fuero en perjuicio del consumidor (impidiéndole demandar ante los tribunales de su domicilio, cuando no coincide con el lugar de cumplimiento de la obligación) no sería válida⁶⁵.

2.3. *El control de transparencia material en los contratos de subasta*

Las cláusulas predispuestas que definen el objeto principal del contrato en los contratos de consumo están sujetas a un especial deber de transparencia, asentado sobre el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y desarrollado prolíficamente por doctrina y jurisprudencia en los últimos años. Respecto de estas cláusulas, por ser las que se toman en consideración para adoptar la decisión de contratar o no contratar, lo relevante es que el consumidor pueda saber y comprender qué está contratando, es decir, qué carga jurídica y económica asume⁶⁶.

Si bien este control ha tenido un largo recorrido respecto de otros contratos –especialmente los contratos de préstamo hipotecario–, no parece que presente tantos problemas en el marco de las subastas de obras de arte, posiblemente porque las cláusulas que delimitan el objeto principal del contrato –la obra de arte y el precio a

⁶⁴ GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor, «Comentario al artículo 90», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 1378, 1379, 1381; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Cláusulas abusivas sobre competencia y Derecho aplicable», en CÁMARA PUENTE, Sergio (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 935.

⁶⁵ Aunque excede del ámbito de este trabajo, acerca de la competencia judicial internacional en subastas de obras de arte, CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Celia, «El mercado internacional del arte con y sin Brexit», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2019-2020 (XIX-XX), pp. 101 y ss.

⁶⁶ Sobre el control de transparencia, por todos, MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Comentario al artículo 82», op. cit., pp. 726-728; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Los contratos de adhesión», op.cit., pp. 2040 y ss.

pagar— son, en principio, de una más fácil comprensión por el consumidor. Esto no obsta para que nos parezca pertinente detenernos en unas breves consideraciones al respecto.

Por un lado, el licitador debe tener una información clara en cuanto al precio total a pagar en el caso de que resulte ser el mejor postor. Esta afirmación, que resulta obvia, cobra su sentido porque la cantidad de dinero total a pagar por el adjudicatario no ascenderá solo a la cantidad por la que realiza la puja sino que a esta suma de dinero hay que añadir el porcentaje de comisión a la casa de subastas así como el IVA sobre el mismo. Si bien la composición del precio a pagar aparece siempre recogida en las condiciones generales de la contratación, consideramos que se trata de una información a proporcionar al consumidor antes de vincularse. Es decir, es necesario que sea consciente de cuál es la suma total de dinero a cuyo pago se obliga en el momento de pujar. Por ejemplo, en una puja electrónica, a través de una pestaña previa a que la puja sea definitiva y en la que se indique el importe total y el desglose de cada concepto⁶⁷. En todo caso, probablemente se llega a la misma solución a través de la exigencia de los deberes de información precontractual recogidos en los artículos 60.2 c) y 97.1 e) TRLGDCU⁶⁸.

De mayor interés nos resultan algunas estipulaciones relativas a la delimitación del objeto del contrato —la obra de arte— encontradas en clausulados predisuestos. Una cláusula contenida en todas las condiciones generales de las casas de subastas es la relativa al modo de identificar en la descripción las obras u objetos a subastar. Aunque según la casa de subastas puede haber variaciones, estas cláusulas recurren a unos criterios interpretativos en la misma línea pues son usos del sector. A modo de ejemplo, identificar al autor con nombre y apellidos significa que, en opinión de la sala de subastas, es una obra auténtica del artista mencionado, mientras que, si en la descripción se señala «atribuido a» seguido del nombre y apellidos, significa que, en su opinión, es una obra probablemente del mencionado artista pero existen opiniones contradictorias por parte de conocidos expertos o autoridades en la materia. Si solo se señala la inicial del nombre, seguida de los apellidos completos, quiere decir que la obra es de la época del artista mencionado y que puede ser total o parcialmente de su mano⁶⁹.

⁶⁷ Hay que pensar que las comisiones oscilan entre el 18% y el 22% del precio de adjudicación, más IVA. Esto hace que la cantidad por la que se puja se aleje de la suma final total a la que deberá hacer frente el comprador.

⁶⁸ El precio es una de las muchas circunstancias sobre las que el empresario debe informar de manera clara y comprensible al consumidor antes de que éste quede vinculado por el contrato.

⁶⁹ Por la relevancia que tiene para la argumentación hacerse una idea de los variados matices que incluye este tipo de cláusulas, recogemos en su integridad un ejemplo: «Cualquier manifestación impresa en el

Pues bien, no dudamos de que la existencia de estas reglas es –y debe ser– conocida en los círculos de personas que ejercen una profesión vinculada con el mercado del arte así como por aquellas otras que, aun actuando como particulares, son habituales de las subastas. Sin embargo, un consumidor sin experiencia probablemente pase por alto las grandes consecuencias que puede conllevar un sutil cambio en el modo de referirse, entre otros, al autor o a la fecha. Por ejemplo, que «atribuido a» varía tanto respecto a indicar el nombre completo sin esa referencia y éste, a su vez, respecto de indicar los apellidos pero solo la inicial del nombre. Lo mismo ocurre con la diferencia entre «firmado» (la firma es auténtica del artista o ejecutada con su conocimiento) y «con firma de» (la firma está realizada por una mano distinta a la del artista mencionado y sin su conocimiento) o entre «fechado» (la fecha es de la mano del artista mencionado) y «con fecha de» (la fecha ha sido añadida por una mano distinta a la del artista). Las implicaciones en cuanto al valor de la obra pueden ser significativas y no es descabellado pensar que pueden también pasar inadvertidas para un licitador sin experiencia.

catálogo y referida a la autoría, autenticidad, atribución, origen, fecha, edad, procedencia y condición de los lotes es siempre la expresión de una opinión que se rige por los términos interpretativos que a continuación detallamos: a) FRANCISCO DE GOYA Y LUCIENTES (NOMBRE Y APELLIDOS).- Significa que, en nuestra opinión, es una obra auténtica del artista mencionado. b) ATRIBUIDO A FRANCISCO DE GOYA Y LUCIENTES (NOMBRE Y APELLIDOS).- Significa que, en nuestra opinión, es una obra probable del mencionado artista, pero teniendo en cuenta la existencia de opiniones contradictorias por parte de conocidos expertos o autoridades en la materia. c) F. DE GOYA Y LUCINTES (INICIAL O INICIALES DEL NOMBRE Y APELLIDOS).- Significa que, en nuestra opinión, es una obra de la época del artista mencionado y que puede ser total o parcialmente de su mano. d) TALLER DE FRANCISCO DE GOYA Y LUCIENTES (NOMBRE Y APELLIDOS).- Significa que, en nuestra opinión, es obra realizada por una mano desconocida en el taller del artista mencionado, no necesariamente bajo su dirección. e) CÍRCULO DE FRANCISCO DE GOYA Y LUCIENTES (NOMBRE Y APELLIDOS).- Significa que, en nuestra opinión, es obra realizada por un pintor desconocido o no identificado por nosotros, pero siguiendo aparentemente el estilo del artista mencionado, aunque no sea necesariamente su discípulo. f) ESTILO DE.....Y SEGUIDOR DE FRANCISCO DE GOYA.- Significa que, en nuestra opinión, es obra realizada por un pintor trabajando al estilo del artista mencionado, que puede ser o no contemporáneo suyo, pero no necesariamente su discípulo. g) SEGÚN FRANCISCO DE GOYA.- Significa que es obra de un imitador copiando o siguiendo el estilo del artista mencionado. h) COPIA DE FRANCISCO DE GOYA.- Significa que, en nuestra opinión, se trata de una copia de una obra célebre del artista mencionado, con o sin variaciones de composición, color u otros matrices, realizada en época muy posterior a su ejecución. i) ESCUELA ESPAÑOLA SIGLO XVIII (Escuela con fecha).- Significa que, en nuestra opinión, se trata de una obra realizada por un artista de esta nacionalidad o trabajando en España y realizada en el siglo XVIII o según los cánones de esta época. j) ESCUELA ESPAÑOLA (Escuela sin fecha).- Significa que, en nuestra opinión, se trata de una obra realizada siguiendo el estilo de un artista español determinado o indeterminado, independientemente de la época o de la nacionalidad de su autor. k) El término FIRMADO significa que, en nuestra opinión, la firma es la auténtica del artista o ejecutada con su conocimiento. l) El término CON FIRMA DE significa que, en nuestra opinión, la firma está realizada por una mano distinta a la del artista mencionado y sin su conocimiento. m) El término FECHADO significa que, en nuestra opinión, la fecha es de la mano del artista mencionado. n) El término CON FECHA DE.... significa que, en nuestra opinión, la fecha ha sido añadida por una mano distinta a la del artista. o) Cuando ponemos un asterisco (*) precediendo la designación del artista, queremos significar que no conocemos más datos sobre el artista, aunque pueda ser obra auténtica.»

De ahí que consideremos que esta información, que afecta de manera directa al objeto del contrato en la medida en que define las características básicas de la obra de arte, no debe quedarse en una cláusula predispuesta incluida entre otras muchas de las condiciones generales de la contratación. Para que el consumidor comprendiera qué está adquiriendo –por qué bien está pujando– sería necesario, a nuestro juicio, que el significado de los criterios relevantes al caso se recogiera, bien en la propia descripción, bien en un lugar accesible desde ella. Es decir, que se resaltara esa información y sus consecuencias de manera proporcional a la relevancia que tiene para el contrato. No podemos olvidar que el valor o interés de una obra en múltiples ocasiones depende, más que del gusto estético de la misma, de su autor o su fecha.

Así las cosas, no parece que haya de ser distinta la conclusión respecto de otras cláusulas similares a estos efectos. Sería el caso, a nuestro juicio, de una cláusula que establece que «[C]uando hacemos costar que un reloj está en estado de marcha, queremos indicar que, por lo menos, contienen todas las piezas que permitan su puesta en marcha con una reparación pero no necesariamente en funcionamiento». De nuevo, un consumidor no habitual de este tipo de subastas no podría hacerse una idea del objeto por el que puja si esta información se encuentra exclusivamente como una cláusula predispuesta más del contrato y no accesible y cerca de la descripción del objeto.

3. ¿EXISTE EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LAS SUBASTAS DE OBRAS DE ARTE?

El derecho de desistimiento legal se asienta sobre dos requisitos previos: desde el punto de vista objetivo, tratarse de uno de los contratos o formas de contratar para los que la normativa prevé esta facultad y, desde el punto de vista subjetivo, la existencia de una relación de consumo. En referencia al primer aspecto, nos atañen los contratos celebrados a distancia, uno de los supuestos en los que el legislador ha considerado necesario incluir este mecanismo de protección adicional para el consumidor y también un modo de contratar presente en las subastas de obras de arte. Como ya hemos señalado, y con los matices que iremos introduciendo a continuación, hoy en día existe la posibilidad en muchos casos de pujar online a través de la página web de la casa de subastas y participar así, a distancia, en el acto de licitación.

Vaya por delante que nos parece que no está exento de complejidades el encaje, en general, de la figura del derecho de desistimiento en el funcionamiento de la venta en pública subasta. Por un lado, el hecho de que la casa de subastas actúe como intermediaria entre vendedor y comprador genera distorsiones en cuanto a cómo articular el ejercicio de la facultad de desistir. Por otro, se produce un conflicto entre protección al consumidor y procedimientos especulativos: este sistema de venta se basa en la competencia entre los licitadores de tal manera que el bien se adjudique al

mejor postor⁷⁰. La adjudicación es definitiva en el sentido de que, si luego éste desistiera, no puede recrearse el procedimiento asegurando el mismo resultado y no siempre es coherente, por otro lado, proceder a adjudicar la obra a los siguientes postores de manera sucesiva, postores que, por ejemplo, a la vista de no haber conseguido ese lote en una adjudicación que se considera ya cerrada, pueden haber reorganizado su planteamiento en la subasta incrementado su puja en otros lotes posteriores⁷¹.

Posiblemente por este motivo el artículo 103 k) TRLGDCU excluye el derecho de desistimiento en «los contratos celebrados mediante subastas públicas»⁷². Para delimitar el alcance de esta exclusión, nos debemos remitir a la definición que de «subasta pública» aporta la misma norma en su artículo 59 bis h), entendiendo por tal el «procedimiento de contratación transparente y competitivo en virtud del cual el empresario ofrece bienes o servicios a los consumidores y usuarios que asistan o puedan asistir a la subasta en persona, dirigido por un subastador y en el que el adjudicatario esté obligado a comprar los bienes o servicios». Es decir, a efectos del TRLGDCU, estaremos ante una «subasta pública» si existe la posibilidad de que los licitadores acudan presencialmente al acto de licitación (con independencia de que lo hagan o no). Aplicando conjuntamente ambos preceptos, se ha concluido que la exclusión del derecho de desistimiento se refiere tan solo a las subastas en las que existe una sesión pública presencial de adjudicación, aunque se admitan pujas online, mientras que no afecta a aquellas subastas que se celebren de manera enteramente online (en la medida en que no entrarían dentro del concepto de «subasta pública» del

⁷⁰ SPINDLER, Gerald, «Internet-auctions versus consumer protection: the case of the distance selling Directive», *German Law Journal*, 6 (3), 2005, p. 730. De hecho, el autor se muestra crítico con el reconocimiento del derecho de desistimiento en las subastas.

⁷¹ Ilustra este ejemplo la venta por *Sotheby's Paris* de un cuadro de *Van Gogh*. Tras una guerra de pujas telefónicas entre dos postores, el cuadro fue finalmente adjudicado a un postor online de última hora por 14 millones de euros. Sin embargo, debido a un «error de puja», *Sotheby's* procedió a volver a sacar a pública subasta el cuadro unos cuantos lotes después, adjudicándose por 2 millones de euros menos. En los casos en los que el adjudicatario no paga el precio, una opción es intentar el pago forzoso y la otra, en virtud del artículo L-321-14 del Código de comercio francés, volver a poner el bien en pública subasta a solicitud del vendedor, lo que se conocía como la «*folle enchère*» (la «subasta loca»), ahora «reiteración de subasta». En el caso de que el precio de adjudicación del segundo acto de licitación sea inferior, el postor fallido tendrá que asumir la diferencia, de tal manera que el vendedor no quede perjudicado si en la segunda subasta –la válida– el precio de adjudicación resulta ser menor que en la primera (ALAGY BRET & ASSOCIÉS, «Si l'acheteur ne paie pas après les enchères, que se passe-t-il: la folle enchère»). Ésta no sería, lógicamente, una solución trasladable al derecho de desistimiento que, por definición, debe ser gratuito.

⁷² PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Comentario al artículo 103», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 1559, señala que nadie pujaría en serio en un sistema de subastas en el que los distintos licitadores no estuvieran vinculados definitivamente por sus pujas, pudiendo echarse atrás tras la adjudicación.

TRLGDCU). En estas últimas, por lo tanto, el comprador/consumidor que resulte adjudicatario del remate es titular del derecho a desistir mientras que no lo sería si, aun habiendo pujado online, el acto de licitación se desarrollara de forma presencial paralelamente en la sala de subastas⁷³.

Asumiendo el razonamiento anterior, la clave para determinar si procede o no derecho de desistimiento es si la subasta es presencial o enteramente online. Llegados a este punto cabe preguntarse si el hecho de que exista exposición previa física de los objetos a subastar hace que ya no estemos ante una subasta enteramente online sino ante una «subasta pública» del artículo 59 bis h) TRLGDCU (y, por tanto, en la que no exista un derecho de desistimiento)⁷⁴. Efectivamente, existen casas de subastas de obras de arte que, a pesar de seguir un procedimiento de puja y adjudicación estrictamente online, mantienen la posibilidad de que los licitadores interesados puedan asistir presencialmente a sus dependencias durante un periodo de tiempo determinado y previo a la subasta para tener un acceso directo a las piezas. ¿Excluye la existencia de esta posibilidad el derecho de desistimiento? A nuestro modo de ver, no.

⁷³ GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian, «El régimen jurídico», op. cit., pp. 12-13; LÓPEZ MAZA, Sebastián, «Comentario al artículo 59bis», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 808. La Directiva 2011/83/UE aclara que las plataformas en línea a las que pueden acceder consumidores y comerciantes no se consideran subasta pública a efectos de la Directiva. Celebra ARROYO AMAYUELAS, Esther, «La contratación a distancia en la Directiva de protección de los derechos de los consumidores», en CÁMARA PUENTE, Sergio (dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 264-265, esta aclaración que conlleva, por tanto, que no queden excluidas del derecho a desistir al no serles ya de aplicación el artículo 16.k) del mismo texto legal (haciendo referencia a las realizadas a través de eBay). No coincidimos, por el contrario, con PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Comentario al artículo 103», op. cit., pp. 1559-1560, cuando apunta que la razón por la que este tipo de subastas no entran dentro de ese concepto de «subasta pública» del artículo 2.13 es porque se trata de ventas en pública subasta entre particulares de tal manera que si la plataforma permitiera la oferta de productos por parte de empresarios sí encajaría en el concepto de «subasta pública» y, por tanto, también en este caso se aplicaría la exclusión del derecho de desistimiento. La realidad es que en plataformas como eBay también ofrecen sus productos y servicios empresarios, con lo que nos podemos encontrar tanto con contratos de consumo como con contratos entre particulares. Aun siendo el vendedor en este tipo de plataformas un profesional, consideramos que el hecho de que la subasta se celebre enteramente online es uno de los motivos por los que no encaja en la definición del artículo 2.13 de la Directiva (pues los consumidores no «asisten o pueden asistir a la subasta en persona»). Y tampoco encaja por la ausencia de relación de mandato en la intervención del subastador en ese tipo de plataformas, en las que es un mero intermediario, como señala RIEFA, Christine, «Recommended changes», op. cit., 2010, pp. 9-10.

⁷⁴ No en balde uno de los fundamentos del desistimiento en los contratos a distancia es el hecho de que la compra se produzca «a ciegas» (BELUCHE RINCÓN, Iris, *El derecho de desistimiento del consumidor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 44-45; PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Comentario al artículo 103», op. cit., p. 1538). El otro, de menos intensidad, estaría relacionado con evitar el consumo precipitado y favorecer la reflexión sobre la oportunidad de celebrar el contrato (GARCÍA VICENTE, José Ramón, «La contratación con consumidores», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Tratado de contratos*, tomo II, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1962 y 1968).

Por un lado, la definición del artículo 59 bis h) TRLGDCU se refiere a la asistencia en persona del consumidor «a la subasta», lo que parece hacer referencia, no a cualquier momento del proceso en general (incluyendo la fase de exposición que, además, puede o no existir en una subasta), sino al acto de licitación, que es rigurosamente el momento en el que se condensa en sentido propio lo que se entiende por subasta. Por otro lado, es de observar que la opción de poder ver en el establecimiento comercial el objeto a adquirir después a distancia existe en muchas otras compras online, sin que por ello deje de tratarse de un contrato a distancia que lleve vinculado el derecho a desistir a pesar de que, *a priori*, haya existido la posibilidad de comprobar la realidad de los bienes, inspeccionándolos físicamente. En este punto podría oponerse que en la mayoría de las compras de consumo a distancia los bienes son fungibles (en el sentido de que el objeto que el consumidor ha examinado en el establecimiento comercial no será, probablemente, el mismo que se le entregue con posterioridad y que de ahí pueda tener sentido igualmente el desistimiento) mientras que las obras de arte a vender en pública subasta son objetos únicos, de tal modo que la pieza que se reconoce, en su caso, en la exposición es exactamente la misma por la que luego se pujará y, en su caso, le será adjudicada y entregada. Pero tampoco esto nos parece un argumento definitivo puesto que el desistimiento faculta al consumidor a dejar sin efectos el contrato sin necesidad de que exista una causa justificada, sino simplemente por un cambio de opinión. Aunque es cierto que es su principal fundamento, no es necesario que el bien recibido presente defectos o alguna diferencia respecto del ofertado por internet (en su caso, visto en el establecimiento mercantil).

En todo caso, el Considerando 20 de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011⁷⁵, cierra el debate y respalda la posición favorable a entender que, aun existiendo la exposición presencial previa al acto de licitación online, nos encontramos ante un contrato a distancia. Partiendo de que, entre otros requisitos, los contratos a distancia son aquellos celebrados sin la presencia física simultánea del empresario y el consumidor, habiendo utilizado exclusivamente técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en su propia celebración, el citado Considerando incluye expresamente dentro de esta definición «también las situaciones en las que el consumidor únicamente visita el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o servicios y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tienen lugar a distancia»⁷⁶. Es decir, extrapolado

⁷⁵ Del mismo modo, Preámbulo II, párrafo 7º de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se traspone en el TRLGDCU.

⁷⁶ Es verdad que la finalidad protectora pierde parte de su sentido si el consumidor ha podido obtener información directa del bien en algún momento previo a la compra. Sin embargo, será en muchos casos difícil la posibilidad real para el empresario de poder probar que el consumidor ha tenido la oportunidad

a las subastas, aun existiendo la opción de una fase de examen o estudio en persona de la obra a subastar por parte del licitador, el contrato seguirá siendo considerado a distancia según la normativa.

Por otro lado, si se organiza una subasta pública enteramente online, parece que se asume la distancia y que no será viable que muchos de los potenciales clientes se desplacen para verificar la obra de su interés, con independencia de que la casa de subastas ofrezca la oportunidad. Esto puede tener sentido si se trata de una obra de un cierto valor económico que suponga una gran inversión pero respecto de muchas de las obras que se subastan online el desplazamiento a la exposición supondría la mayor parte de las veces un coste desproporcionado para el consumidor respecto del valor del objeto. Eliminar la facultad de desistir por el hecho de que exista la potencial opción de inspeccionar la obra supone, en cierto modo, convertir en relativamente exigible esa inspección (antieconómica, en muchos casos) cuando un atractivo de la puja online es hacer accesible la adquisición de obras a un mercado o público global, más amplio, por la ausencia de limitaciones geográficas. Somos conscientes de que en esta misma situación, o incluso peor⁷⁷, se encuentra el consumidor que participa a través de las pujas online en un acto de licitación celebrado presencialmente en la sala de subastas y, sin embargo, por el juego de la definición del artículo 59bis) y la exclusión del artículo 103.k) TRLGDCU, carecería del derecho de desistimiento. Pero, a pesar de este doble tratamiento, a la vista del Considerando 20 de la Directiva 2011 (y del correlativo Preámbulo de nuestra ley de 2014 que la traspone), entendemos que no debe cambiar la respuesta dada respecto de las subastas cuyo acto de licitación sea enteramente online.

En otro orden de cosas y volviendo al inicio, dos eran los requisitos que habíamos señalado para que concurra el derecho a desistir del contrato. Después de hacer las observaciones pertinentes sobre la contratación a distancia en las subastas, nos detenemos brevemente en el segundo, la existencia de un contrato de consumo, por las peculiaridades de este tipo de transacciones.

de verificar el objeto o servicio. Crítico en este sentido, PENDÓN MELÉNDEZ, Miguel Ángel, «Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre», *Derecho de los Negocios*, nº 209, febrero 2008, p. 8.

⁷⁷ Las pujas en línea en una subasta que se está desarrollando presencialmente en la Sala de subastas deben emitirse con una gran rapidez porque los licitadores compiten con los que se encuentran en la Sala o por teléfono y el procedimiento se caracteriza por una gran celeridad, transcurriendo segundos entre una puja y otra y entre éstas y el golpe de martillo. Por el contrario, en las subastas enteramente en línea los licitadores tienen tiempo para reflexionar y pujar, pues la subasta está abierta durante varios días y, aún en el caso de que en el último momento antes del cierre hubiera una nueva puja, normalmente se aumenta el tiempo de subasta en unos minutos para alguna posible nueva puja. Es decir, dentro del dinamismo del procedimiento, la posibilidad de reflexión es mayor que cuando la subasta se desarrolla presencialmente.

Partiendo del entramado de tres sujetos y relaciones contractuales distintas englobadas en la subasta y partiendo también de que el adquirente tiene que ser un consumidor, ¿es necesario para que exista, en su caso, el derecho de desistimiento, que el propietario de la obra –vendedor– sea un profesional o es suficiente con que lo sea –como lo es siempre– la casa de subastas? En el caso de las ventas o subastas online llevadas a cabo por subastadoras que se limitan a poner en contacto a los usuarios ofreciéndoles una plataforma tecnológica de intercambio, está claro que solo habrá derecho de desistimiento si el vendedor es profesional. Pero cabe preguntarse si la respuesta sería otra en el caso de las subastas que nos ocupan, esto es, en las que el subastador no es un mero intermediario en el sentido de que interviene directamente en el proceso de la subasta, controlando el procedimiento. El modo en el que se desarrolla la subasta, teniendo en todo momento contacto exclusivamente con la casa de subastas, puede dar la sensación al adquirente que es consumidor de que tiene los mismos derechos que cuando contrata con un profesional, con independencia de que el vendedor lo sea efectivamente o no.

Desde nuestro punto de vista, el derecho a desistir de la compraventa solo le corresponde al comprador si el vendedor es un profesional y no si es otro particular⁷⁸. Es cierto que el comprador trata solo con la casa de subastas pero, respecto del contrato de compraventa, la casa de subastas actúa por cuenta y en nombre (incluso aunque éste no se revele⁷⁹) del vendedor. El contrato de compraventa se perfecciona

⁷⁸ Esta es la misma posición que hemos mantenido respecto de la aplicación del régimen de garantías en la venta de bienes de consumo. Volviendo al desistimiento, así se especifica en una cláusula predispuesta: «Como vendedor en esta casa de subastas, debes saber que ésta cumple con el derecho de desistimiento de la UE. Si utilizas nuestro portal con fines profesionales, reconoces y aceptas que en ciertos casos los compradores del Espacio Económico Europeo pueden tener un «derecho de desistimiento» de 14 días y devolución de la mercancía comprada» («siempre y cuando», por otro lado, «el comprador no compre Lotes de forma profesional y el comprador viva en un país dentro de la UE»). Por otro lado, la casa de subastas inglesa *Christie's* reconoce el derecho de desistimiento a los compradores consumidores residentes en la Unión Europea siempre que el vendedor no sea un consumidor. La información sobre la naturaleza del vendedor está incluida dentro de la descripción de la obra (ej.: «*Please note this lot is the property of a private individual*»). Sin embargo, diferencia ese derecho de desistimiento de otro que corresponde a todo comprador consumidor residente en la Unión Europea, con independencia del vendedor: el derecho a desistir del contrato de servicios que *Christie's* le proporcione («*but not the contract for the purchase of the lot itself, if you purchase a lot from a consumer*»). Entre los servicios que identifica se encuentra la oportunidad de participar en la subasta y el servicio de entrega de la obra.

⁷⁹ Las partes excluyen el *intuitu personae* del contrato al elegir el procedimiento de subasta para la venta y compra del bien, siendo el anonimato una de sus características (salvo que sea necesario revelar la identidad de algún contratante para el ejercicio de acciones). Esto no obsta para que el subastador actúe en nombre y por cuenta ajena (ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «La subasta», op. cit., pp. 114 y 118; CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *La venta voluntaria*, op. cit., pp. 106-107; GASPÁR LERA, Silvia, *La venta en pública subasta*, op. cit., p. 151). De ahí que, en el caso de que se trate de un contrato de consumo a distancia, el artículo

entre el vendedor y el comprador y a la naturaleza de las partes en este contrato es a la que hay que atender aquí. Permitir el derecho de desistimiento en todos los casos, por el hecho de que la casa de subastas sea un profesional, llevaría a colocar al vendedor en una posición de empresario, lo fuera o no. En el caso de que un comprador consumidor ejercitara el derecho de desistimiento, a quien afecta en última instancia la restitución de la obra y del precio es al vendedor: por mucho que la casa de subastas tenga una participación activa en la transacción, no es el propietario de la obra. Por lo tanto, aceptar ese derecho de desistimiento en todo caso tomando como referencia solo la cualidad del subastador tendría como resultado que, por mejorar la posición del comprador (consumidor respecto de la casa de subastas, particular respecto del contrato de compraventa si el vendedor no es profesional) se empeora la del vendedor, sujeto en el que concurre idéntica condición⁸⁰.

Por último, merece también algún comentario la posición de la casa de subastas en el caso de que un comprador consumidor ejercitara el derecho de desistimiento (partiendo de que el vendedor fuera efectivamente un profesional). Parece lógico que, en la práctica, el comprador se dirija a la casa de subastas pues es con quien ha tratado (a quien ha pagado el precio y quien le ha hecho entrega del bien). Además, dado el corto plazo para ejercitar el desistimiento (14 días naturales) y los plazos de pago del comprador y al vendedor previstos en las condiciones generales de las casas de subastas, lo más probable es que sea ésta quien tenga el precio en su poder todavía⁸¹. Sin embargo, no nos parece que sea de aplicación a este supuesto el artículo 61.2 LOCM (que refuerza la posición del comprador en caso de falta de conformidad si el subastador ha incumplido su deber de información veraz) si el derecho de desistimiento se ejercita simplemente por un cambio de opinión del comprador y no sustentado en una falta real de correspondencia entre la obra y lo descrito en el catálogo. Por un lado, porque no encajaría en el supuesto de existencia de algún tipo

97.3 TRLGDCU dé la posibilidad de informar acerca de la identidad y datos del subastador en lugar de los del vendedor.

⁸⁰ Cuestión distinta es que fuera conveniente –nosotros así lo creemos– indicar claramente si vendedor es un particular o no para saber si existe el derecho de desistimiento en esa concreta transacción. Esta información sería exigible en virtud del artículo 60.1.h) TRLGDCU pero no entraría dentro de los nuevos requisitos de información específicos adicionales para contratos celebrados en mercados en línea de la Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019. Se añade un artículo 6 bis a la Directiva 2011/83/UE por el que se obliga a identificar si el que ofrece los bienes es un comerciante o no (y, en este último caso, que no son de aplicación las normas de protección de consumidores) pero es respecto de los contratos celebrados en «mercados en línea», concepto en el que no encajaría el sistema de subasta del que hemos venido ocupándonos en el trabajo.

⁸¹ Efectivamente, aunque existen variaciones, la media del plazo en el que el comprador debe hacer efectivo el pago a la casa de subastas es de 7 días desde la subasta mientras que el plazo para que se le haga llegar el precio al vendedor es de 30 días (si el comprador ha pagado). Parece probable que ese lapso de tiempo se deje para cubrir posibles retrasos del comprador o reclamaciones sobre el objeto (no olvidemos que la mayor parte de los clausulados limitan el periodo de reclamaciones a 15 días).

de falta de conformidad y, por otro, porque no se daría el requisito de la falta de diligencia por parte de la casa de subastas, presupuesto para que entre en juego su responsabilidad. En cualquier caso, para evitar la situación de vulnerabilidad en la que quedaría el comprador consumidor y en la medida en que la casa de subastas tenga en su poder el precio todavía, debería admitir su restitución al comprador pues lo contrario podría ser considerado como un comportamiento abusivo y contrario a la buena fe.

BIBLIOGRAFIA

ALAGY BRET & ASSOCIES, «Si l'acheteur ne paie pas après les enchères, que se passe-t-il: la folle enchère», 2015. Disponible en : <https://pi.alagybret.com/details-si+l+acheteur+ne+paie+pas+apres+les+encheres+que+se+se+passe+t+il+la+folle+enchere-1301.html> [Consulta: 5 marzo 2021]

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «La subasta de obras de arte (aproximación a sus problemas jurídicos)», *Revista de Derecho Mercantil*, 1986, pp. 99-142.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, «La contratación a distancia en la Directiva de protección de los derechos de los consumidores», en CÁMARA PUENTE, Sergio (dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 237-284.

ASENSI MERÁS, Altea, *Régimen jurídico de las subastas electrónicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín, Venta en pública subasta, en AAVV, *Régimen jurídico general del comercio minorista*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pp. 665-732.

BELUCHE RINCÓN, Iris, *El derecho de desistimiento del consumidor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Yolanda, «La subasta de obras de arte on-line», *Revista de Contratación Electrónica*, 2007 (85), pp. 25-41.

BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Yolanda, *La compraventa de obras de arte*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Celia, «El mercado internacional del arte con y sin Brexit», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2019-2020 (XIX-XX), pp. 99-117.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, Voz «Subasta (D.º Civil)», AAVV, *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 6377-6378.

CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *La venta voluntaria en pública subasta en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Comares, Granada, 2004.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Civitas, Navarra, 2008.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, «Comentario al artículo 1183», en CAÑIZARES, Ana; DE PABLO, Pedro; ORDUÑA, Javier, et. al. (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, 2ª ed., Civitas, Navarra, 2015, pp. 427-431.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad,» *ADC*, 1982, pp. 987-1085.

DELGADO TERCERO, Luciano, «La cláusula de exoneración de responsabilidad de las empresas de subasta de obras de arte. Nuevas perspectivas», *Anuario Jurídico Secciones ICAM*, 2019, pp. 243-254.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Comentario al artículo 1486», en CAÑIZARES, Ana; DE PABLO, Pedro; ORDUÑA, Javier, et. al. (dirs.), *Código civil comentado*, vol. IV, 2ª ed., Civitas, Navarra, 2015, pp. 206-209.

DURANY PICH, Salvador, «Comentario a los artículos 5 y 7», en MENÉNDEZ MÉNENDEZ, Aurelio; DÍEZ-PICAZO, Luis (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condicione generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 264-335.

GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor, «Comentario al artículo 90», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 1361-1389.

GARCÍA VICENTE, José Ramón, «La contratación con consumidores», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Tratado de contratos*, tomo II, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1821-1980.

GASPAR LERA, Silvia, *La venta en pública subasta de obras de arte y otros objetos de valor*, Aranzadi, Navarra, 2005.

GÓMEZ PÉREZ, Fernando, «Comentario a los artículos 56 a 61. Venta en pública subasta», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 413-488.

GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian, «El régimen jurídico de las ventas en pública subasta tras la aprobación de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU», *InDret*, 2014 (2). Disponible en: <https://indret.com/el-regimen-juridico-de-las-ventas-en-publica-subasta-tras-la-aprobacion-de-la-ley-32014-de-27-de-marzo-por-la-que-se-modifica-el-trlgdca/> [Consulta: 25 febrero 2021].

GONZÁLEZ DE ALAIZA, José Javier, «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Tratado de contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, tomo II, 3ª ed., pp. 2109-2204.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Comentario al artículo 80», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 1027-1083.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Comentario al artículo 85.9», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 1244-1247.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Comentario al artículo 86», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 1255-1282.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Comentario al artículo 89.2», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 1323-1327.

JHALA, KABIR, «In bidding confusion at Sotheby's, unseen Van Gogh initially sells for €16.2m but is then resold for €13m at end of auction», *The Art Newspaper*, 2021. Disponible en <https://www.theartnewspaper.com/news/unseen-van-gogh-sells-for-sothebys> [Consulta: 26 marzo 2021].

KEENER, Katherine, «Sotheby's, Christie's release preliminary 2020 sales reports». Disponible en <https://www.art-critique.com/en/2020/12/sothebys-and-christies-release-reports-on-2020-sales/> [Consulta: 26 marzo 2021].

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, «Comentario al artículo 1303», en CAÑIZARES, Ana; DE PABLO, Pedro; ORDUÑA, Javier, et. al. (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, 2ª ed., Civitas, Navarra, 2015, pp. 733-741.

LÓPEZ MAZA, Sebastián, «Comentario al artículo 59bis», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 791-820.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Comentario al artículo 115», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 1665-1683.

MATO PACÍN, M.^a Natalia, «Cuestiones actuales sobre el concepto de consumidor a la luz de la jurisprudencia», *Revista de Derecho Patrimonial*, 48, 2019 (versión online).

MATO PACÍN, M.^a Natalia, «¿Quién es comerciante en las plataformas de venta online? La importancia de su delimitación», en RUDA GONZÁLEZ, Albert; JEREZ DELGADO, Carmen (coords.), *Estudios sobre Jurisprudencia Europea*, Sepin, Madrid, 2021 (online).

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Comentario al artículo 82», en CÁMARA PUENTE, Sergio (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 711-753.

PENDÓN MELÉNDEZ, Miguel Ángel, «Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *Derecho de los Negocios*, nº 209, febrero 2008, pp. 1–28 (en versión online).

PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Comentario al artículo 103», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 1542-1562.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente», en CÁMARA PUENTE, Sergio (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 696-710.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Cláusulas abusivas sobre competencia y Derecho aplicable», en CÁMARA PUENTE, Sergio (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 934-938.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Tratado de contratos*, tomo II, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1981-2109.

REBOLLEDO VARELA, Ángel, «Comentario a los artículos 56 a 61. Venta en pública subasta», en AA.VV., *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 799-854.

RIEFA, Christine, «Recommended changes to the definition of “Auction” and “Public Auction” in the Proposal for a Directive on Consumer Rights», 2010, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1679677 [Consulta: 5 marzo 2021].

RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno, «Comentario al artículo 1104», en CAÑIZARES, Ana; DE PABLO, Pedro; ORDUÑA, Javier, et. al. (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, 2ª ed., Civitas, Navarra, 2015, pp. 113-117.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, «Comentario al artículo 1105», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1303-1306.

SÁNCHEZ DE LEÓN RAMÓN-BORJA, José, «La protección del comprador de una obra de arte falsa a través de los casos judiciales», AAVV, en *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, Civitas, Navarra, 2017, pp. 583-675.

SPINDLER, Gerald, «Internet-auctions versus consumer protection: the case of the distance selling Directive», *German Law Journal*, 6 (3), 2005, pp. 725-733.

Fecha de recepción: 21.05. 2021

Fecha de aceptación: 01.12.2021