
Contratación mercantil

PID_00267420

Eduardo Valpuesta Gastaminza

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 6 horas





**Eduardo Valpuesta
Gastaminza**

Catedrático de Derecho Mercantil.
Universidad de Navarra.

La revisión de este recurso de aprendizaje UOC ha sido coordinada por el profesor: Miquel Peguera Poch (2019)

Segunda edición: septiembre 2019
© Eduardo Valpuesta Gastaminza
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realización editorial: FUOC

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares de los derechos.

Índice

Introducción.....	5
Objetivos.....	6
1. Consideraciones generales sobre contratación mercantil.....	7
1.1. Contratación mercantil frente a contratación civil: la superación real de esta supuesta dicotomía	7
1.2. Normas sobre contratación mercantil vigentes. En especial, el régimen de la mora en operaciones mercantiles	8
1.3. Especial incidencia de la contratación mediante condiciones generales (remisión)	10
1.4. La intervención del «consumidor» y, en particular, el régimen de las cláusulas abusivas (remisión)	12
1.5. Contratación electrónica (remisión)	13
2. Los diversos contratos (mercantiles) como actuación de los particulares en el mercado.....	15
2.1. La financiación de la actividad (de empresas y particulares). Mercados de crédito y de valores	16
2.2. Contratos relacionados con propiedad intelectual e industrial. Publicidad y publicación de la empresa	19
2.3. Compraventa y otros contratos de cambio	23
2.4. Contratos de intermediación y de distribución	28
2.5. Contratos de arrendamiento de servicios, de obra y de depósito	32
2.6. Aseguramiento frente a los riesgos: contrato de seguro	33
2.7. Recapitulación	34
3. Especial consideración del contrato de transporte terrestre de mercancías por carretera.....	36
3.1. Concepto y normas reguladoras	36
3.2. Elementos personales y formales	37
3.3. Derechos y obligaciones de las partes	39
4. Especial consideración de la contratación en los mercados de valores.....	42
4.1. La regulación de los mercados de valores	42
4.1.1. El mercado financiero y el mercado de valores	42
4.1.2. Regulación legal y principios del régimen normativo ...	43
4.1.3. Normas de conducta	46

4.2. Objeto de la contratación: los instrumentos financieros y los valores negociables	47
4.3. Sujetos que operan en el mercado: emisores, inversores e intermediarios	49
4.4. Operaciones en el mercado primario: emisión de valores	52
4.5. Operaciones en los mercados secundarios	55
4.5.1. Concepto y clases	55
4.5.2. Contrato de comisión bursátil	56
4.5.3. Contrato de compraventa bursátil	57
4.6. Otras operaciones en los mercados de valores	59
4.6.1. Ofertas públicas de adquisición	59
4.6.2. Ofertas públicas de venta	61
4.6.3. Servicios de inversión	61
Resumen	62
Ejercicios de autoevaluación	63
Solucionario	68
Abreviaturas	69
Bibliografía	70

Introducción

En las asignaturas de derecho civil ya se ha estudiado la teoría general de la contratación, y se ha efectuado una panorámica de los diversos tipos contractuales. A su vez, en la asignatura optativa de *Derecho de la contratación*, cuyo estudio recomendamos, se exponen los tipos contractuales fundamentales, entre ellos muchos de los considerados netamente «mercantiles», como los bancarios. Pese a ello, tiene interés un estudio específico de un módulo de «Contratación mercantil» dentro de la asignatura de *Derecho mercantil II*, para exponer algunos aspectos que no hemos podido explicitar en otros materiales; para resaltar otros que sí se han explicitado y son muy relevantes, y sobre todo para realizar una exposición sintética de todos los contratos relevantes enmarcados dentro de la actividad propia de las empresas y de los consumidores en el mercado. Igualmente, se aprovechará para exponer algunos contratos considerados como mercantiles que no han podido desarrollarse con la profundidad necesaria en los materiales a que hacemos referencia: el transporte terrestre de mercancías por carretera y los contratos en los mercados de valores.

A nuestro entender, y de la doctrina moderna mayoritaria, hoy en día **no tiene sentido** lógico hacer referencia a una «**contratación mercantil**» como **contrapuesta** a una «**contratación civil**». En el «mundo real» de los negocios se realizan multitud de contratos sin calificarlos de mercantiles o civiles, y en la negociación internacional no se conocen esas categorías. Sin embargo, nuestra obsoleta legislación, todavía contenida de forma relevante en los códigos decimonónicos, sigue manteniendo una diferencia «legal» entre contratos civiles y mercantiles, incluso con normas propias de teoría general para cada sector, y eso obliga a realizar esta exposición diferenciada (aunque solo fuera para poner de relieve el poco sentido actual de la distinción).

Por último, debe ponerse de relieve que la «contratación privada» no debe verse como un simple elenco de figuras contractuales. En la realidad, la **contratación** comprende todo el **conjunto de operaciones que realizan diariamente las empresas y consumidores en el mercado**: sujetos que se financian mediante operaciones bancarias, que ofertan bienes y servicios en páginas web, que compran materias primas y venden mercancías elaboradas, que reciben bienes transportados y expiden sus pedidos, que se aseguran frente a los riesgos, etc. El derecho mercantil estudia, así, los sujetos que actúan (empresas y consumidores) y su régimen jurídico (derecho de sociedades), los medios de pago más comunes (títulos-valor), la actuación en el mercado (contratación) y la patología que supone la insolvencia de empresas o consumidores (derecho concursal).

Objetivos

El estudio del presente módulo persigue los objetivos que se expresan a continuación:

1. Que el alumno adquiriera una visión de los contratos como la forma real de actuación de empresas y consumidores en el mercado, comprando y vendiendo productos y servicios, publicitándolos, distribuyéndolos, transportándolos, financiando su actividad y asegurándose frente a los posibles riesgos.
2. Que el alumno abandone la vieja concepción de los contratos mercantiles como contrapuestos a los civiles, ya que en el mundo actual no existe una contraposición real entre mentalidad empresarial/de lucro y mentalidad civil, y porque además no existen normas vigentes que abonen la existencia de una diferencia en el tratamiento legal.
3. Que el alumno comprenda cómo publicitan y cómo exponen sus productos las empresas a través de contratos relacionados con páginas web, con propiedad intelectual, con comercio electrónico y con diversos elementos publicitarios.
4. Que el alumno comprenda cómo se financian las empresas, bien a través de aportaciones de socios, bien por medio de la financiación bancaria, bien a través de la emisión y colocación de valores.
5. En particular, que el alumno comprenda los problemas fundamentales que se plantean en el contrato de transporte terrestre de mercancías, sobre todo en lo relativo a la responsabilidad del porteador y a la limitación de dicha responsabilidad.
6. En particular, que el alumno se habitúe a manejar las categorías básicas de los mercados de valores, y comprenda cómo se financian las empresas, y cómo invierten los inversores, a través de la emisión y colocación (mercado primario) y posterior venta (mercado secundario) de valores.

1. Consideraciones generales sobre contratación mercantil

1.1. Contratación mercantil frente a contratación civil: la superación real de esta supuesta dicotomía

En nuestro derecho privado seguimos distinguiendo, desgraciadamente, una **regulación civil y otra mercantil de los contratos**. Las razones de esta diferenciación son puramente históricas: la mentalidad del sujeto privado del siglo XIX era de subsistencia, contrapuesta a la mentalidad de lucro del comerciante. Ello originaba dos tipos de contratación, basados en «tempos» distintos, más rigurosa esta con el contratante y más exigente en cuanto al cumplimiento.

Partiendo de esa regulación legal separada, la doctrina y la jurisprudencia se han preocupado por intentar «abstraer» cuál es la **característica general que hace que un contrato u obligación sea «civil» o «mercantil»**. A estos efectos cabe señalar:

- Que el Código de comercio **no define la «mercantilidad» del contrato**, no da una característica general, sino que solo delimita «actos de comercio» (esto es, «contratos mercantiles») concretos: compraventa mercantil, depósito mercantil, etc.
- Que la doctrina se ha afanado por **buscar un denominador común** para caracterizar cuándo un contrato es mercantil, aplicando, en general, las mismas teorías con las que se intenta conceptuar al «derecho mercantil» frente al «derecho civil» (contratos en masa, contratos de los empresarios, etc.). La teoría más asentada es que sería mercantil el contrato realizado por empresarios dentro de su actividad típica, para comercializar productos o servicios en el mercado. Pero todo esto no son más que construcciones doctrinales. Legalmente no existe la categoría «obligación mercantil» ni «contrato mercantil», sino ciertos contratos que se califican, cada uno individualmente, como mercantiles (compraventa mercantil, préstamo mercantil, etc.).

En cuanto a las **fuentes de regulación**, los contratos mercantiles se rigen por el Código de comercio y leyes especiales, y en su defecto por el derecho común (art. 50 CCom). Pero se admite que también los usos (véase art. 2 CCom), aunque no lo diga expresamente el Código, son aplicables antes que el derecho común. La jurisprudencia no es fuente del derecho, pero en su función de «complementar» el ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC) sí que, materialmente, resulta crucial en la interpretación y aplicación de las normas (véase, por

ejemplo, la admisión de la operatividad de la cláusula *rebus sic stantibus*, en las SSTS de 30 de junio y 15 de octubre de 2015, frente a un criterio restrictivo plasmado en las SSTS de 17 y 18 de enero de 2013).

Hoy en día la distinción entre contratos comerciales frente a contratos civiles no tiene sentido, pues la mentalidad de lucro está generalizada. De hecho, las leyes modernas de contratos suelen regular figuras concretas sin distinguir si son civiles o mercantiles (contrato de seguro, contratos del mercado de valores, contrato de transporte, etc.). En la misma línea, el derecho privado comunitario proyectado, que cristaliza por ahora en el «Common Frame of Reference» o en la «Propuesta de normativa común de compraventa europea», propone una regulación única de los diversos contratos. Igualmente, en la contratación internacional, las reglas jurídicas (convenios internacionales, reglas y usos uniformes, etc.) se formulan para negocios de compraventa o bancarios sin tildarlos de civiles o mercantiles. Como ejemplo de todo ello, en la asignatura optativa de Derecho de la contratación se exponen los diversos contratos sin hacer una especial diferencia entre si son civiles o mercantiles. Muchas de las reglas que antes eran propias de la regulación mercantil se han extendido al ámbito civil (es la llamada «mercantilización del derecho civil»), porque la mayoría de los sujetos tenemos esa mentalidad de lucro que antes caracterizaba el derecho mercantil legislado.

Pese a lo señalado en el texto, la propuesta de anteproyecto de Código de comercio, que finalmente no se tramitó como proyecto de ley, recogía una regulación general bastante completa de una teoría general de obligaciones y contratos mercantiles.

Frente a esa contraposición, lo que sí surge enfrentado a la regulación «ordinaria» de los contratos es la figura de los **contratos con consumidores** (que veremos un poco más adelante). Por eso, se distingue normalmente una regulación B2B (*business to business*) de aquella relación de empresario a consumidor o B2C (*business to consumer*), e incluso de las relaciones entre consumidores o C2C (*consumer to consumer*). Pese a ello, esta regulación específica de contratos con consumidores no debe contemplarse como inspirada en principios contrarios a la regulación general B2C, sino como una mayor exigencia de transparencia para permitir que el consumidor pueda informarse adecuadamente sobre el producto o servicio.

1.2. Normas sobre contratación mercantil vigentes. En especial, el régimen de la mora en operaciones mercantiles

Pese a lo señalado en el epígrafe anterior, lo cierto es que formalmente sigue habiendo en el Código de comercio español un conjunto de **normas que establecen supuestas especialidades de las obligaciones y contratos mercantiles** frente a los civiles. Entre ellas, cabe destacar las siguientes:

- No se reconocen **términos de gracia o cortesía** que difieran el cumplimiento de las obligaciones, si no se han pactado entre las partes (art. 61

Ved también

Esta misma idea de caminar hacia una unificación en materia de contratos se recoge en otros módulos de la UOC, como el preparado por el profesor Oliva relativo «Hacia la unificación de la contratación privada. El comercio electrónico».

CCom). A diferencia de la regulación civil, que permite una mayor discrecionalidad a los jueces para fijar plazos de gracia (arts. 1124.3 y 1128 CC).

- Cuando **no existe un plazo fijado para cumplir**, las obligaciones mercantiles son exigibles a los diez días, o al día siguiente si llevan aparejada ejecución (art. 62 CCom, frente a la exigencia «desde luego» del art. 1113 CC). Sin embargo, esta regulación del Código está actualmente desplazada por el régimen específico que establece la **Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones mercantiles**. Es una ley aplicable únicamente a **obligaciones entre comerciantes** (la mayoría de las cuales serán mercantiles) y establece que el plazo para pagar una deuda será, con carácter general, de treinta días naturales después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios (sería el plazo aplicable en caso de ausencia de pacto). Este plazo podrá ser ampliado mediante pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a sesenta días naturales.
- En materia de **mora**, cuando hay plazo fijado para cumplir la mora de las obligaciones mercantiles es automática (art. 62 CCom), no hay que interpellar al deudor, como es regla en el derecho civil (art. 1100 CC). En esta materia la Ley 3/2004 también ha fijado reglas especiales en cuanto al **interés de demora en las obligaciones entre empresarios**, que buscan incentivar el cumplimiento a tiempo: el interés de demora será el pactado, y en defecto de pacto será el interés del Banco Central Europeo incrementado en ocho puntos porcentuales; además, el pacto de las partes no puede establecer un interés abusivo en perjuicio del acreedor, entendiéndose que será abusivo cuando el interés pactado sea un 70 % inferior al interés legal de demora (el referido de BCE + 8), salvo que atendiendo a las circunstancias previstas en la Ley pueda probarse que el interés aplicado no resulta abusivo (véanse arts. 7 y 9 Ley 3/2004).
- En cuanto a la **interrupción de la prescripción**, la principal diferencia es que según el artículo 944 CCom las obligaciones mercantiles no se interrumpen por la reclamación extrajudicial; pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha determinado que esta diferencia debe entenderse hoy suprimida (SSTS de 4 de diciembre de 1995 o 7 de enero de 2011).
- En materia de **interpretación**, el Código de comercio parece hacer preponderar la interpretación literal, frente a la interpretación según la voluntad de las partes del Código civil, pero actualmente se considera que ambos siguen igual criterio.

Como se aprecia, estas especialidades son la mayoría de ellas poco relevantes, y la más importante en el plano práctico (la relativa a la interrupción de la prescripción) ha sido «suprimida materialmente» por la jurisprudencia del Tri-

bunal Supremo. Todo esto corrobora el sinsentido de mantener la distinción. Por ende, en muchos de los contratos regulados en el Código de comercio, las diferencias reales y relevantes con la regulación civil son mínimas.

1.3. Especial incidencia de la contratación mediante condiciones generales (remisión)

En una economía masificada, en la que continuamente se realizan negocios de los más diversos tipos y condiciones, es fundamental que la contratación se realice mediante **cláusulas predispuestas** por el empresario que ofrece el bien o servicio. No puede discutirse individualmente cada uno de los millones de contratos a realizar (de transporte, seguro, venta, etc.). Por ello estas cláusulas no solo están prerredactadas, sino que el cliente las toma o las deja; no son un punto de partida para la discusión, sino un «todo o nada». Además, si en cada contrato las condiciones fueran distintas, sería muy difícil para el empresario ofrecer un servicio adecuado, y la uniformización de las prestaciones del empresario le permite abaratar sus costes. Por eso la contratación en masa y la uniformidad de las prestaciones exige utilizar condiciones generales. El artículo 1.1 de la Ley de condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC) las define como «las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, [...] habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos». Pero siendo necesarias, el problema que plantean es que al ser prerredactadas por el empresario, pueden contener cláusulas que favorecen a este de forma no equitativa.

Para que estas condiciones generales vinculen al adherente, sea empresario o consumidor, es preciso que se cumplan **dos tipos de controles**.

- Primero un «**control de inclusión**» (arts. 5 a 7 LCGC), que se traduce en dos aspectos:
 - Que el adherente haya tenido ocasión de conocer el contenido de las condiciones y haya recibido un ejemplar de las mismas (otra cosa es que, pudiendo haberlas leído, lo haga, pero ese ya es «su problema»).
 - Que la redacción de las cláusulas debe ser clara y comprensible. En la práctica, este control se ha mostrado muy relevante, pues toda cláusula oscura (o, al menos, innecesariamente oscura) o que no se haya comunicado al cliente antes de contratar no vinculará al cliente.
- Una vez superado el primer control, existe un «**control de legalidad**», en el sentido de que las condiciones contrarias a norma imperativa serán nulas. Pero en muchos casos existen condiciones en principio legales que, sin embargo, resultan «abusivas», excesivas, especialmente cuando las acepta un consumidor que, en principio, tiene menos información y está menos preparado que el empresario. Por eso existe una **protección adicional cuando el adherente es un consumidor**, pues no solo son nulas las condiciones contrarias a Ley, sino las «**cláusulas abusivas**», considerando co-

mo tales «aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato» (art. 82 LGDCU, inicialmente introducido por la LCGC). En los artículos 85 a 91 LGDCU se recoge una lista ejemplificativa de 29 cláusulas que siempre se considerarán abusivas.

La doctrina, en general, ha defendido que el concepto de cláusula abusiva, aun cuando limitado por la Ley a la contratación con consumidores, también será útil para valorar la validez de cláusulas impuestas a pequeños empresarios que se hallen de hecho en una situación de debilidad frente al que impone las condiciones generales.

Las cláusulas abusivas, como queda dicho, en principio serían válidas, pues no contrarían derecho imperativo, pero resultan nulas porque, pactadas con un consumidor, se desconfía de que este realmente haya comprendido su alcance o de que las haya aceptado con plenitud de consentimiento.

Es válido pactar que las partes en caso de juicio acudirán a los tribunales de Madrid (aunque el adherente esté domiciliado en otra ciudad); pero si esto lo pacta un consumidor es nulo por abusivo –arts. 90.2 LGDCU y 54.2 LEC–, pues para él sería muy perjudicial, si no funciona el bien adquirido, tener que litigar en Madrid. El consumidor solo puede ser demandado en el lugar de su domicilio.

En materia bancaria se han dictado resoluciones muy relevantes con base en la normativa de condiciones generales de la contratación. Así, la STS de 9 de mayo de 2013 declaró la nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios por falta de transparencia, si estas cláusulas se hallan enmascaradas dentro del contrato sin un resalte específico (cuestión que debe apreciarse caso por caso). La doctrina de la abusividad por falta de transparencia ha sido reiterada en las SSTs de 8 de septiembre de 2014 o 24 de marzo de 2015. En el ámbito de contratos de consumo, la STS de 2 de marzo de 2011 declaró la nulidad de las cláusulas de redondeo al alza en el tipo de interés en los contratos con consumidores (cláusula que desde una reforma legal ya está incluida como abusiva en la lista ejemplificativa del LGDCU). La STS de 12 de septiembre de 2014 ha considerado abusiva la cláusula que, en un contrato de préstamo bancario, hacía firmar al prestatario un pagaré cambiario en blanco, que sería rellenado por la entidad de crédito con la cantidad adeudada en caso de incumplimiento. Esta cláusula suponía preconstituir contra el cliente un título cambiario, además por una cantidad en blanco que se rellenaría unilateralmente por la entidad de crédito antes de ejercitar la acción.

No toda cláusula contraria al interés de un consumidor es abusiva. La cláusula por la que el vendedor retiene las cantidades pagadas a cuenta en la compra de un inmueble, en caso de incumplimiento por el comprador/consumidor de la obligación de comparecer al otorgamiento de escritura y pagar el precio restante, no resulta abusiva (SSTs de 15 y 21 de abril de 2014).

La **nulidad de las condiciones contrarias a la Ley** se deriva del mandato del artículo 1255 CC, que permite los pactos de las partes siempre que no sean contrarios a la ley. Así, una condición que exima al empresario de su responsabilidad por dolo es nula por contraria al artículo 1102 CC; o una que permita el desistimiento libre de una de las partes es nula por contraria al artículo 1256 CC. En cambio, una condición que exima al empresario de la responsabilidad derivada de su actuación negligente no es nula, pero sí puede resultar abusiva.

Cuando una condición general se declara nula, la cláusula queda excluida y el contrato sigue vigente, siempre que pueda subsistir sin tal cláusula (art. 10 LCGC). Es una aplicación de la regla de la **nulidad parcial**.

La Ley realiza una regulación de las **acciones** que cabe entablar en esta materia. Aparte de las acciones individuales que pueda ejercer una parte perjudicada, tienen más relevancia las **acciones colectivas**, que protegen el interés general del consumidor. Son tres:

- **Acción de cesación:** Para que el demandado elimine la condición general declarada nula y se abstenga de utilizarla en el futuro.
- **Acción de retractación:** Para que el demandado se retracte de la recomendación que realizó de utilizar condiciones generales que se han declarado nulas y se abstenga de recomendar en el futuro (se refiere, por ejemplo, a asociaciones de empresarios que hayan recomendado a sus integrantes el uso de ciertas cláusulas).
- **Acción declarativa:** Para que se declare que una condición general es nula.

Las sentencias firmes en esta materia se inscribirán en un **registro de condiciones generales de la contratación**, que pese a lo que su nombre parece indicar, carece de eficacia alguna en cuanto a oponibilidad de lo inscrito. Se trata más bien de un registro informativo, en el que también pueden inscribirse las condiciones generales que use una parte, o la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas.

1.4. La intervención del «consumidor» y, en particular, el régimen de las cláusulas abusivas (remisión)

Como vimos en las asignaturas *Derecho de la contratación* y *Derecho mercantil I*, el legislador español y el comunitario parten de que es preciso **proteger de forma especial el interés del consumidor**, al que se considera la parte «débil» en la contratación, a menudo deslumbrado por las dotes de persuasión o por la publicidad del empresario, carente de información sobre el producto o servicio, objeto de técnicas agresivas de venta, etc. Si bien esta visión es, en ocasiones, demasiado «victimista», el hecho es que el legislador dicta normas específicas para proteger al consumidor.

Buena parte de las normas que se hallaban dispersas se recogieron en 2007 en el **Texto refundido de Ley general para la defensa de consumidores y usuarios** (a partir de ahora, LGDCU). Ahí, por ejemplo, se regulan las «cláusulas abusivas», a las que hemos hecho referencia en el epígrafe anterior; se contiene un régimen específico para los negocios celebrados fuera del establecimiento (en los que se utiliza el «factor sorpresa», al abordar al consumidor en su domicilio, en la calle o en su trabajo. Por eso se le permite desistir del contrato celebrado sin coste alguno, arts. 110 y sigs. LGDCU), y para los contratos ce-

lebrados a distancia (por ejemplo, por internet, estableciendo también un derecho de desistimiento libre), o se regulan los viajes combinados concertados con consumidores (arts. 150 y sigs. LGDCU, recientemente reformados por el Decreto ley 23/2018, de 21 de diciembre).

Ved también

Para el tratamiento de todas estas cuestiones nos remitimos a la exposición realizada en otros materiales docentes de las asignaturas específicas, como los preparados por los profesores Enrich Muls, Enrich Schröder y Moreno Espejo para la optativa *Régimen jurídico del mercado*.

Por esta razón, siempre que en un contrato **intervenga un consumidor** debemos tener en cuenta que puede existir normativa específica de ese contrato para tal caso; y, con carácter general, deberemos aplicar las reglas generales del texto refundido señalado, y también las específicas si estamos ante alguno de los contratos regulados (compraventas de consumo, contratos fuera del establecimiento, contratos a distancia, viajes combinados, etc.). En el derecho comunitario proyectado, igualmente, se propone una regulación general de la compraventa y de ciertos contratos de servicios para contratos B2B (*business to business*), y luego una regulación específica, más protectora del consumidor, en los contratos B2C (*business to consumer*).

Debe recordarse que para aplicar el régimen especial de consumidores la Ley requiere que el sujeto actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (art. 3 LGDCU). Y que conforme a la doctrina del TJUE, aun cuando el acto realizado esté relacionado solo en parte con la profesión u oficio, el sujeto no actúa como consumidor, salvo que el uso profesional sea realmente insignificante (STJUE de 20 de enero de 2001, As. Grüber).

1.5. Contratación electrónica (remisión)

El **comercio electrónico** y, en general, la contratación a distancia plantean todo un cúmulo de problemas nuevos respecto de la contratación «tradicional» que se celebraba de forma presencial. En particular, puede que se desconozca la identidad del oferente de los productos (con los consiguientes problemas para los casos de reclamación), no se tiene la seguridad de que el mensaje electrónico que se recibe no haya sido manipulado por terceros, el producto real puede diferir del ofrecido en la red, el bien puede llegar muy tarde, etc. Los mecanismos de control real que permite la compra presencial no existen cuando el negocio es a distancia. Todos estos problemas que planteó la eclosión de la negociación a través de internet han ido intentando solucionarse con diversas normas, pudiéndose resaltar dos de ellas en derecho español.

Así, la identidad del emisor y el carácter fidedigno (esto es, que el contenido del mensaje que se recibe no esté manipulado por terceros) y la confidencialidad de los mensajes electrónicos se pueden lograr utilizando una «firma electrónica reconocida», que equivale a efectos jurídicos a la firma manuscrita. Este concepto, así como las garantías que deben cumplirse para que los dispositivos

Página web recomendada

Puede verse un folleto muy completo e ilustrativo de los derechos principales del consumidor en la Unión Europea en:

http://ec.europa.eu/consumers/cons_info/10principles/es.pdf.

de creación de firma puedan ser considerados como seguros a estos efectos, se regulan en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de **normas reguladoras de firma electrónica** (que transpone una directiva comunitaria de 1999).

Cualquier mensaje enviado por vía electrónica (un simple *e-mail*, por ejemplo) es una firma electrónica, una comunicación de voluntad realizada por esa vía; pero solo equivale a la firma manuscrita si el emisor dispone de los mecanismos de cifrado y envío que aseguran una imposibilidad de manipulación por terceros, y esto es lo que, entre otras cuestiones, regula la Ley de firma electrónica.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (en adelante LSSICE) ha supuesto una regulación global y novedosa del marco de la contratación electrónica. Como su propio nombre indica, no se refiere solo (y ni siquiera de forma preponderante) al comercio electrónico, sino a la actuación en la comunicación y oferta de servicios o productos en la red. La Ley, en efecto, regula más bien el estatuto de los que ofrecen productos o servicios en la red («prestadores de servicios»), y también el de las empresas que permiten el suministro de esa información («operadores de red»).

Ved también

Para todo ello nos remitimos a lo expuesto en otros materiales docentes, como los preparados por los profesores Oliva («Hacia la unificación de la contratación privada. El comercio electrónico») y especialmente Peguera («Servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico»).

A los efectos que interesan en estos materiales, fundamentalmente contractuales, cabe destacar que el oferente debe **identificar su oferta comercial** como tal, y se exige una **información precontractual y poscontractual** específicas. El contrato se perfecciona cuando el oferente conozca la aceptación (o deba conocerla sin faltar a la buena fe). Pero, además, si el aceptante es un consumidor se le aplican otras normas defensoras de su interés (las de ventas a distancia, con la figura importante del **derecho legal de desistimiento**, y una previsión general de un **plazo de ejecución** de treinta días, artículos 92 a 113 LGDCU).

Nota

Junto con esta Ley debemos tener en cuenta otras normas sectoriales, como la Ley de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, de 11 de julio de 2007.

2. Los diversos contratos (mercantiles) como actuación de los particulares en el mercado

A menudo, cuando se estudian los contratos solo se exponen como temas o como negocios aislados, y entendemos la lógica de cada uno. Pero perdemos de vista que **normalmente los contratos no se celebran de forma aislada, sino conjunta**, para que todos los celebrados por una persona procuren una cobertura completa de todas sus necesidades.

Por ejemplo, los **consumidores** celebramos contratos de compraventa para adquirir los bienes de consumo, abrimos cuentas corrientes para «guardar» nuestro salario y para domiciliar toda una serie de pagos ordinarios (suministro de electricidad, cargos por tarjetas de compra y crédito, etc.) y mantenemos el dinero en tales cuentas mientras no tengamos necesidad de gastarlo (depósitos bancarios de dinero), celebramos contratos de transporte para enviar bienes o para recibirlos, y contratamos seguros para la vivienda, para el coche e incluso para los supuestos de muerte o jubilación (contratos de seguro). Para adquirir o alquilar la vivienda acudimos a una agencia inmobiliaria y vemos sus ofertas (contratos de comisión o de corretaje), y si necesitamos financiación nos presentamos en la entidad bancaria para obtener un préstamo (crédito al consumo). En vacaciones contratamos un *pack* de viaje, más hotel y visitas guiadas (contratos de viaje combinado), etc. Los contratos se celebran conjuntamente, y con una visión unitaria, a menudo unos dependientes o coaligados con otros (los préstamos bancarios que solicitemos dependerán de las adquisiciones que realicemos, y estas a su vez del salario que percibamos).

Con la actividad de las **empresas** pasa exactamente lo mismo pero, lógicamente, a una escala mucho mayor y con más complejidad. En realidad, lo que solemos llamar «contratos mercantiles» no son más que la actuación real de una empresa cualquiera, que realiza compras, producción de bienes y servicios, ventas, seguros, transportes, contratos de intermediación, contratos de distribución, etc., y todo ello con la financiación adecuada.

En este apartado vamos a partir como ejemplo de una mediana empresa que fabrique bienes, partiendo de una serie de materias primas. Supongamos que esa empresa está **constituida como «sociedad anónima»** (también podría ser un empresario individual, una sociedad de responsabilidad limitada, etc.). Veremos qué **contratos tiene que concertar para realizar toda su actividad**, y procuraremos entender cómo se engarzan y entrecruzan las diversas prestaciones (y obligaciones, y responsabilidades) derivadas de cada negocio. Lógicamente, no trataremos la **parte «laboral» de la contratación** (contratos con sus trabajadores), que también es muy importante, pero que se estudia en otras asignaturas distintas.

Ved también

La mayoría de los contratos ya han sido tratados en otras asignaturas, buena parte en la optativa Derecho de la contratación, por eso no vamos a realizar una exposición profunda de cada uno de ellos, sino solo a recordar las cuestiones que causan conflictos más comúnmente. Además, acudiremos a conceptos expuestos en el apartado «Derecho de sociedades» que se expuso dentro de *Derecho mercantil II*, módulos 1 a 3. Aunque compartimentemos la carrera en varias asignaturas, para poder aprehender los conceptos con más facilidad, solo una visión conjunta de todas las materias permite comprender la lógica del derecho. Por esto este epígrafe supone un «reestudio» o una «relectura» de temas ya estudiados en otro momento. Además, y como se verá, en la vida real una misma necesidad puede cubrirse por medio de contratos estudiados en diversas sedes. Como las *asignaturas*, los *temas* no son más que cortes totalmente convencionales, pero irreales: todos los temas se relacionan entre sí.

2.1. La financiación de la actividad (de empresas y particulares). Mercados de crédito y de valores

En lo primero que piensa una empresa es en cómo financia su actividad, cómo obtiene los fondos para llevar a cabo su actuación, para explotar el objeto social: en este caso, la fabricación de bienes. Como bien sabemos, esos recursos pueden ser:

a) **Recursos propios.** Los constituyen el capital más las reservas. Se denominan recursos propios porque no hay que devolverlos a los socios, ni a corto ni a medio plazo (solo se «devuelven» al liquidarse la sociedad o –más raramente– si se reduce capital con devolución de aportaciones). El **capital**, a estos efectos, consiste en las aportaciones iniciales realizadas por los socios, iguales al valor nominal de las acciones suscritas por cada uno. Será bien **capital fundacional**, bien **ampliación de capital** acordada durante la vida de la empresa. En ambos casos la emisión de acciones se realiza en el **mercado primario de valores** (véase más adelante, apartado «Operaciones en el mercado primario: emisión de valores») y, si las acciones cotizan, podrán venderse en el mercado secundario bursátil (lo cual hace más atractiva la suscripción o la compra, pues será más fácil «liquidar» la inversión en cualquier momento). Las **reservas** serán, entre otras, bien las reservas por prima (si por cada acción se pagó más que su valor nominal), bien las reservas constituidas por los beneficios no repartidos como dividendos.

Por eso el «patrimonio» de la sociedad se medirá por la suma de capital más reservas, y puede ser bien muy superior al «patrimonio inicial» con el que nació la entidad (ha tenido ganancias y parte las ha ahorrado), bien muy inferior (ha tenido pérdidas y según cuál sea la situación debería disolverse, ampliar capital o pedir la declaración de concurso).

b) Recursos ajenos. Normalmente los fondos propios no son suficientes para financiar a una entidad, y por eso cabe acudir a pedir dinero prestado. A su vez, estos préstamos pueden ser:

- **Préstamos bancarios**, solicitados a entidades de crédito u otro tipo de prestamistas profesionales.
- **Préstamos solicitados a terceros**, entre los cuales es muy común que sean **los propios socios** los que prestan dinero a la sociedad. A menudo, los socios prefieren «prestar» dinero a la sociedad que financiar su actividad aportando capital: el préstamo se recuperará a corto/medio/largo plazo y con un interés; mientras que el capital aportado no se recupera, y la retribución consiste en un dividendo cuyo reparto y cuantía no es seguro (depende no solo de que la sociedad tenga beneficios, sino de que los reparta).

El préstamo de dinero por los propios socios no es ilegal, pero en caso de concurso y según las circunstancias esos socios serían, por tal concepto, acreedores subordinados (si no hay dinero para pagar todas las deudas, es lógico que los *insiders* recuperen su dinero en peores condiciones que los acreedores ajenos a la entidad).

- **Préstamos solicitados al público**, mediante la **emisión de obligaciones**, que se colocan en el **mercado primario de valores** (véase más adelante el apartado «Operaciones en el mercado primario: emisión de valores»).

Aparte de estas formas de allegar fondos, la empresa **normalmente también financia su actividad de otras muchas maneras**, ya estudiadas en otros temas. Así, y tomando solo algunos ejemplos:

- Las facturas que tenga por cobrar normalmente las descontará en su banco, que le anticipa el importe pero «salvo buen fin» (**contrato de descuento bancario**), bien encargará su cobro (a menudo, con anticipo del importe) a una empresa de *factoring* (**contrato de factoring**).

Recordemos que en el contrato de *factoring* la empresa puede simplemente encargarse del cobro de las facturas a su vencimiento, pero que es más común que, además, anticipe parte del importe de esas facturas al cliente, e incluso asuma el riesgo de impago (aunque el deudor no las pague voluntariamente, la empresa de *factoring* asumirá tal impago y no recuperará el dinero anticipado del cliente). Más común en nuestro país es acudir al descuento bancario, por el cual la entidad de crédito anticipa el importe de los créditos descontados, «salvo buen fin» (esto es, si el deudor no los paga a su vencimiento, el banco podrá recuperar el dinero del cliente, devolviéndole el crédito para que se ocupe él de su cobro).

- Muy comúnmente, no adquirirá todos los bienes de equipo mediante compra, sino que realizará un **contrato de leasing** o «**arrendamiento financiero**» para poder usarlos durante su vida útil, con una opción de compra al final del contrato; o un **contrato de renting** para usarlos sin opción de compra. Todo esto le permite no efectuar un fuerte desembolso inicial, pero además beneficiarse de la deducción de las cuotas pagadas en el impuesto de sociedades.

Como recordamos, en el contrato de *leasing* es el usuario quien escoge el bien y encarga su adquisición a la empresa de *leasing*. Esta adquiere el bien y cede su uso mediante una

Ved también

Los contratos de financiación, bancarios y de garantía se exponen con detenimiento en la asignatura optativa *Derecho de la contratación*. Para evitar duplicidades nos remitimos a esa exposición.

renta al usuario, por un plazo que normalmente es el de vida útil del bien. Al final del plazo el usuario tiene que tener un derecho de opción de compra del bien (si no, no estaríamos ante un *leasing*, sino ante un simple arrendamiento de cosa o ante un *renting*), que normalmente ejercerá (pues el precio es muy bajo).

- Para las operaciones diarias normalmente tendrá abierta una o varias líneas de crédito (**contrato de apertura de crédito**), que le permitirán disponer de dinero cuando le sea preciso, hasta un límite; pero también ir amortizando el saldo deudor mediante diversos ingresos (pagos de deudores, descuento de efectos, etc.). En estos negocios, el tipo de interés se aplica a la cantidad de dinero efectivamente dispuesta en cada momento, teniendo en cuenta los cargos, pero también los abonos.
- En ocasiones la financiación proviene de los **propios proveedores**, que sirven mercancías y que fijan un plazo de pago de las mismas que permite al adquirente elaborar el bien, venderlo y obtener así los fondos con los que satisfacer el pago y costear la actividad.

De esta forma, la empresa no solo **obtiene el capital inicial necesario para comenzar la producción**, sino que además **se va financiando mientras desarrolla su actividad**, obteniendo la liquidez de las facturas aún no vencidas, teniendo la posibilidad de obtener dinero a crédito para necesidades puntuales, etc.

Por supuesto, para celebrar muchos de estos préstamos, créditos, descuentos, etc., las entidades de crédito o los vendedores suelen exigir la prestación de **garantías** para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Pueden ser **garantías reales** (afectar un bien al pago, de forma que si este no se realiza, el acreedor pueda instar la venta del bien y cobrarse con el precio obtenido), o **garantías personales** (una persona distinta al deudor se obliga al pago, si este no lo efectúa). Dentro de estas últimas cabe destacar:

- Que en el supuesto de **fianza** es muy común que el fiador **renuncie al beneficio de excusión** y **se obligue solidariamente** (son conceptos distintos, si bien se suelen pactar conjuntamente como si fueran lo mismo), de forma que el acreedor pueda dirigirse indistintamente contra deudor o fiador. Esto no afecta a que la fianza siga siendo accesoria, en el sentido de que el fiador se obliga a lo mismo que el deudor y podrá oponer los pagos realizados por este, los defectos existentes en la relación deudor-creedor, etc.
- Que en la actualidad es muy común que el garante **se obligue a primera demanda** o mediante **garantías independientes**. Esto significa que la obligación de pago se asume con independencia de las vicisitudes de la relación existente entre el deudor principal y el acreedor. El garante se obliga a pagar si el acreedor le reclama, sea cual sea la relación deudor-creedor, y sin poder oponer tal relación. Si el acreedor reclama más de lo debido, el

deudor podría luego accionar contra él por haberse prevalido de la garantía para obtener un pago excesivo.

- Que en el caso de existencia de grupos de sociedades, pero también para cualquier garantía, se extiende el uso de **cartas de patrocinio**. En el supuesto más común de las mismas, la «sociedad madre» o dominante comunica al acreedor, o posible acreedor, de una filial que esta se encuentra dentro del grupo y que la sociedad dominante la respalda. Ese respaldo puede tener un alcance puramente inconcreto, de forma que la dominante no se compromete a nada; o puede abarcar compromisos de ampliar capital para atender las necesidades de pago del préstamo, o compromisos de pago en caso de que la filial no pueda satisfacer el crédito objeto de la carta.

Nota

Véanse diversos supuestos de «cartas de patrocinio», con alcances muy diversos, en las SSTs de 16 de diciembre de 1985, 30 de junio de 2005, 13 de febrero de 2007, 18 de marzo de 2009 y 27 de junio de 2016.

2.2. Contratos relacionados con propiedad intelectual e industrial. Publicidad y publicación de la empresa

Comúnmente, para desarrollar su actividad la empresa realiza una serie de estudios previos para diseñar tanto el producto que va a comercializar como las formas de presentación del mismo y, por supuesto, la propia forma de presentación o exteriorización de la empresa. En la actualidad, es muy probable además que se quiera crear una página web de la empresa, bien simplemente para mostrar su actividad, bien además para comercializar a través de la misma sus productos o servicios. A estos efectos cabe distinguir una serie de negocios como los siguientes, ya expuestos en otras partes de esta asignatura o en asignaturas distintas.

Si la empresa acude a profesionales de la publicidad para diseñar los productos y/o las campañas de publicidad de los mismos, estaremos en el ámbito de los **contratos publicitarios**, mencionados (y regulados, pero mínimamente) en la Ley 34/1988, general de publicidad (LGP). Normalmente se encomienda a estas empresas la creación de elementos publicitarios (de un logotipo, de un *spot* publicitario, de carteles, etc., pero también el propio diseño de la página web; es el llamado **contrato de creación publicitaria**, art. 20 LGP), a veces con prestaciones más complejas para realizar una campaña publicitaria completa (creación, preparación, programación y ejecución de publicidad; es el **contrato de publicidad**, art. 13 LGP). Para ello, la agencia o la empresa anunciante contratarán la emisión de esa publicidad en los medios de difusión adecuados (**contrato de difusión publicitaria**, arts. 17 a 19 LGP). La empresa también podría contratar la colaboración de una entidad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole en la realización de la publicidad de aquella (**contrato de patrocinio**, art. 22 LGP).

Ved también

Las patentes, marcas y nombres de dominio en *Derecho mercantil I*, y los demás contratos en los diversos módulos de la asignatura optativa Derecho de la contratación.

La empresa determinará qué términos y/o dibujos sirven para designar a sus productos, para así diferenciarlos de los competidores y lograr que sus destinatarios los identifiquen. Ese signo distintivo es la llamada **marca**, regida por la Ley 17/2001, de marcas (recientemente modificada por el Decreto ley 23/2018, de 21 de diciembre), que no podrá ser idéntica o semejante a las ya existentes para designar productos o servicios idénticos o similares, y que normalmente el empresario registrará para poder disfrutar así de su uso exclusivo. Aparte de esa función identificadora, podrá buscarse que la marca tenga un efecto evocador y de atractivo publicitario.

Puede que la empresa vaya a utilizar invenciones nuevas de aplicación industrial en su proceso productivo: son las llamadas **patentes**, regidas por la Ley 24/2015, de 24 de julio. Si esa invención es del propio empresario, normalmente procederá a registrarla, a patentarla, para así obtener el derecho de uso exclusivo durante veinte años; si es una patente de titularidad de otro sujeto, tendrá que obtener **licencias** de la misma para poder utilizarla en su proceso productivo. La empresa a menudo utiliza también procedimientos de fabricación o comercialización que mantiene en secreto (y respecto de los que, en caso de licencia, exige también el deber de confidencialidad y secreto del licenciataria), los llamados secretos empresariales o *know-how*, actualmente regulados por la Ley 1/2019, de 20 de febrero.

Si la empresa quiere mostrarse a través de una página web, podrá diseñarla ella misma o encargarla mediante un **contrato de creación de página web**. Mediante el mismo, el empresario que quiere anunciar sus bienes o servicios por internet aporta el texto e imágenes, y el creativo diseña la página, los enlaces (*links*), la disposición de los textos, etc. La creación de la página web supone una **propiedad intelectual del creador**, que normalmente es la empresa publicitaria o de diseño (podría ser una creación conjunta del cliente y de la empresa de diseño si ya las órdenes e instrucciones de aquel suponían una novedad creativa relevante). Por eso lo mejor es determinar claramente que el derecho de explotación de la página y de realizar variantes de la misma (una «transformación» de la propiedad intelectual) corresponde al empresario que encarga la creación (aunque la autoría de la página siempre corresponderá al autor, pues el «derecho moral» de creación siempre es del autor).

En la creación de páginas web existe el problema de que se pongan «enlaces» a fotos o textos protegidos que, sin embargo, el usuario considera que son de uso libre porque están «colgados» en la red con esa apariencia. En esta materia es muy relevante la STJUE de 8 de septiembre de 2016, que ha establecido que resulta ilícito, como regla, el enlace a una copia no autorizada de cualquier obra protegida por los derechos de autor. Pero que, sin embargo, dicho enlace puede no constituir un acto de comunicación pública, y por lo tanto ser lícito, cuando se cumplan dos condiciones de forma simultánea: a) que esa actividad de enlazar se efectúe sin ánimo de lucro, y b) que quien ponga el enlace no sepa y no pueda saber razonablemente que se trata de una copia pirata.

A continuación, para lograr la visualización y difusión de la página es preciso contratar, además, los diversos servicios que permitan la «gestión» de la página, la modificación, la actualización, etc., y la difusión en la red. En ocasiones, se contrata un servicio de *housing* para que una empresa especializada aloje

Marca notoria

Una «marca notoria» también está protegida aunque no esté registrada, pero es mejor registrar la marca para obtener una protección inicial fuerte que confiar en que se afiance como «notoria» para obtener esa protección posterior.

Nota

La creación de una página web convierte al empresario en un «prestador de servicios de la sociedad de la información», sometido al régimen jurídico establecido en los artículos 10 a 17 LSSICE.

físicamente el servidor de forma adecuada (climatización, seguridad) y provea la corriente eléctrica y la conectividad a internet; en otras, un servicio más completo de *hosting*, en el que la empresa especializada se encarga del mantenimiento, gestión de antivirus, copias de seguridad, etc. Además, obviamente, el empresario deberá contratar la difusión de la página a través de alguno de los **proveedores de acceso** a servicios de internet.

Si aparte de tener una página web para presentar a la empresa y sus productos y/o servicios, se desea realizar la **comercialización de los productos y servicios a distancia mediante internet**, será preciso, además, contar con el programa informático adecuado (sobre lo que se tratará a continuación) y tener en cuenta los problemas añadidos que conlleva esta técnica. Así, aparte del sometimiento de los contratos a las reglas del comercio electrónico y a las reglas de protección de consumidores en negocios a distancia (cuando el adquirente tenga la condición de consumidor), el empresario deberá valorar si **limita la visualización de la página** a ciertas áreas territoriales, y disponer además de la red de distribución adecuada para un **cumplimiento óptimo de los plazos de entrega**.

En general, uno de los problemas del comercio electrónico es que el adquirente de los bienes o servicios puede ser nacional de países con un régimen jurídico muy distinto, y que además puede ser imperativo (por ejemplo, si el adquirente es consumidor). De esta forma, el empresario puede ver sometido su negocio a un derecho que desconoce y que puede ser especialmente riguroso. Esto es lo que está impidiendo un auge aún mayor del comercio electrónico, y por eso el empresario podría tener interés en limitar el ámbito geográfico desde el cual pueda ser visionado y en el que pueda realizarse la contratación.

Igualmente, el comercio electrónico abarata los costes de negociación (no hay que abrir un establecimiento físico), pero incrementa los costes de ejecución (entrega del bien, en ocasiones en sitios muy alejados del centro de operaciones o del almacén). Por eso es preciso implementar una buena red de distribución, que permita minimizar costes y cumplir los pedidos a tiempo. Esto, también, puede determinar una reducción del área geográfica a la que se pueda atender de forma adecuada.

Ejemplo: caso Vuitton

Supongamos que el empresario de nuestro ejemplo fabrica bolsos de piel, parecidos en su forma (si bien de peor calidad y mucho menor precio) a los de Vuitton. ¿Podría publicitar su producto haciendo que en los buscadores de internet, cuando se introduce el término *Vuitton*, aparezcan sus productos como imitación o «tipo Vuitton»? Y, en tal caso, ¿respondería el buscador de internet por permitir un uso de este tipo del término *Vuitton*, que es una marca notoria en el mercado?

Es el caso resuelto por la STJUE de 23 de marzo de 2010 (y en sentido parecido, respecto de una marca de zapatos, por la STS, Sala 1.^a, 26 de febrero de 2016). El Tribunal Europeo consideró que el titular de la marca puede impedir tal publicidad, pero solo si «dicha publicidad no permite o apenas permite al internauta medio determinar si los productos o servicios incluidos en el anuncio proceden del titular de la marca o de una empresa económicamente vinculada a este o si, por el contrario, proceden de un tercero». Y esto lo debe juzgar el tribunal nacional. Si para un «internauta medio» esta publicidad no conduce a confusión, de forma que es evidente que esos productos no son de Vuitton, la práctica estaría permitida. En cuanto a la labor del buscador de internet, el Tribunal considera que el buscador no realiza un «uso» de la marca, y además al alojar estos datos normalmente no desempeña un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados. Ahora bien, «si no desempeña un papel de este tipo, no puede considerarse responsable al prestador de los datos almacenados a petición del anunciante, a menos que, tras llegar a su conocimiento la ilicitud de estos datos o de las actividades del anunciante, no actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible».

Las nuevas técnicas informáticas han permitido la automatización de muchas de las labores y operaciones de apoyo que se realizaban manualmente en las empresas (gestión de pedidos y facturas, contabilidad, documentos del personal laboral de la empresa, etc.). Existen **programas informáticos de gestión de empresas**, a menudo específicos para ciertos sectores, que abaratan mucho el coste de gestión y realizan esta de forma más efectiva y rápida. Los autores de ese software (programa que está protegido como propiedad intelectual) lo comercializan para obtener una rentabilidad, y a menudo combinan la licencia del programa con otros contratos accesorios para lograr la total «**informa-tización**» de una empresa. Esta operación suele conllevar:

- Contrato de **licencia de software**: El titular del programa o software concede un derecho de uso del mismo al empresario. A menudo el programa se adapta a las necesidades específicas de la empresa, o incluso el programa se crea –a partir de una base– teniendo en cuenta las indicaciones y necesidades de la empresa, lo cual supone un coste mayor para el empresario, pero también una mayor eficacia. Normalmente, se establece cuántos y qué ordenadores de la empresa tendrán instalado ese programa y podrán utilizarlo a la vez.
- Contrato de **escrow**: Se establece que el proveedor o licenciante del software entregue una copia del «código fuente» a un tercero. Este conserva la copia, a la cual podrá acceder el licenciario en ciertos casos pactados (normalmente concurso del licenciante, cambio en la titularidad o actividad del licenciante, incumplimiento de sus obligaciones, etc.). De esta forma, el licenciante no es el único poseedor del código fuente, lo que le otorgaría una posición dominante excesiva.
- Contrato de **back-up**: Se «deposita» en un centro informático especializado una copia del sistema informático del cliente, para que este pueda recuperarlo en casos de desastre informático (incendio de la empresa, sabotaje, etc.). Periódicamente (cada dos o tres días) se realiza de forma automática una copia del sistema informático para que esté actualizado.
- Contrato de **venta e instalación de material informático**: A menudo el licenciante se encarga, además, de proveer y colocar los ordenadores y periféricos adecuados para el programa que licencia. Se trata de una venta «ordinaria».
- Contrato de **formación del personal**: De ordinario la empresa informática enseña a los operarios que se van a ocupar del uso del software, designados por el empresario, cómo utilizarlo y sacarle el máximo rendimiento.
- Contrato de **asistencia técnica**: Por último, lo común es que la empresa informática se comprometa, mediante un contrato –y un precio– indepen-

diente a los anteriores, a resolver las consultas del empresario y también a reparar averías o fallos del sistema.

Debe recordarse que en toda esta materia, cuando se comercialicen bienes o servicios protegidos por derechos de patentes, marcas o propiedad intelectual, se aplica el **principio de agotamiento comunitario**. Esto es, el derecho de uso exclusivo que confieren patentes, marcas y propiedad intelectual se agota con la primera venta que el empresario realice dentro de la Unión Europea. A partir de ahí, cualquier adquirente dentro de la Unión podrá volver a comercializar el producto o servicio, en la misma zona o (lo que es más común) en una distinta (normalmente, una en la que ese producto o servicio se comercialice a un precio notoriamente superior). De esta forma, los derechos de exclusiva no impiden la existencia de mercados paralelos a los del titular de la exclusiva.

Recapitulando lo dicho hasta ahora, con todos estos negocios la empresa que es objeto de nuestras consideraciones ya está **preparada para ofrecer sus productos o servicios**: ha obtenido financiación para realizar su actividad; ha diseñado su producto o servicio, lo ha protegido con los derechos de exclusiva que puedan ser adecuados y lo ha publicitado; cuenta además con mecanismos que visualizan a la empresa en el mercado y que pueden, incluso, permitir la contratación electrónica, y dispone del programa de gestión informática y la formación adecuada de sus empleados. A partir de aquí podrá desarrollar su actividad. Obviamente, no siempre todos los negocios tratados hasta ahora son «previos», temporalmente hablando, a la producción y comercialización. A menudo, se parte con una financiación mínima y unos productos básicos, y luego se va mejorando el diseño, la protección de la exclusividad, la visualización de la empresa, los canales de comercialización, etc. Lo relevante es comprender que **todos estos negocios que realiza la empresa están interconectados y son interdependientes**, todos son precisos para desarrollar con más éxito la actividad.

2.3. Compraventa y otros contratos de cambio

Obviamente, para desarrollar su actividad el empresario deberá contar con los **locales adecuados**. Esos locales podrá haberlos adquirido en propiedad (contrato de adquisición de inmuebles, normalmente estudiado en derecho civil), o bien haber obtenido un derecho a usarlos por medio de un contrato de arrendamiento (regulado, parcialmente, por la Ley de arrendamientos urbanos, con una admisión más amplia de la autonomía de la voluntad que la del antiguo régimen del «alquiler de local de negocio»). En ocasiones, puede que el empresario haya **adquirido todo un establecimiento mercantil** ya organizado o incluso una **empresa en funcionamiento**.

Ved también

Estas cuestiones han sido estudiadas en el material docente *Derecho mercantil I*.

Supongamos que el empresario produce bienes a partir de ciertas materias primas, y por eso los negocios de compraventa (compra de materias primas y venta de los productos ya elaborados) constituyen una parte central de su actividad. Respecto de las compraventas debemos tener en cuenta especialmente lo siguiente:

En primer lugar, sigue existiendo una **distinción legal entre compraventas civiles y mercantiles**. Conforme al artículo 325 CCom, será mercantil «la compra de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa». De acuerdo con esto, y con las excepciones contenidas en el artículo 326 CCom:

- No son mercantiles las **compras hechas por consumidores**, pues el consumidor no compra para revender (art. 325 CCom) y, además, expresamente las excluye el artículo 326.1.º CCom. Así se recoge en las SSTS de 3 de mayo de 1985, 18 de marzo de 1995, o 10 de noviembre de 2000. De todas formas, parte de la doctrina mercantilista defiende la mercantilidad de estas compras por diversas razones técnicas y sociológicas.
- No son mercantiles las **ventas hechas por ganaderos, agricultores y artesanos**, aunque quien compre lo haga para revender con ánimo de lucro, pues excluye la mercantilidad el artículo 326.2.º y 3.º CCom por razones históricas.
- Parece que serán mercantiles las compras de materias primas o de bienes que se van a **revender transformados en otros o incorporados en bienes más complejos**, pues se han adquirido para revenderlos transformados (art. 325 CCom).

Ejemplos

Así, se ha considerado mercantil la compra de piezas de madera de eucalipto destinadas a ser colocadas en el suelo de viviendas que la compradora edificaba para ser vendidas (STS de 12 de marzo de 1982); la compra de tejido para elaborar prendas de vestir, fabricadas para la venta (STS de 19 de diciembre de 1984); la compra de pienso para gallinas ponedoras, cuyos huevos luego se comercializaban por el comprador (STS de 24 de febrero de 1992), o la de pienso (cebada) para las necesidades del adquirente (STS de 23 de enero de 2009); la compra de piezas de piel para la elaboración de zapatos que la compradora iba a vender (STS de 5 de noviembre de 1993); la de betún elastómero que luego se utilizaba para asfaltar la carretera (STS de 10 de marzo de 1994); o la compra de papel para ser transformado en etiquetas y collarines (STS de 15 de diciembre de 2005). Pero no siempre la jurisprudencia es acorde con esta línea mayoritaria.

- Parece que serán civiles las **compras de maquinaria o de bienes destinados a fabricar o manipular mercancías**, pues tales máquinas no se revenden después y no formarán parte del producto elaborado con ellas.

Ejemplos

Así, es civil la compra de maquinaria para la molturación de aceituna y extracción de aceite, sin ánimo de revender el molino, ni su maquinaria, ni sus piezas para obtener un lucro en la reventa (STS de 7 de junio de 1969), o la compra de una finca para destinarla

a la ubicación de las instalaciones industriales de la compradora (STSJ Cataluña de 20 de noviembre de 1995).

La cuestión de la mercantilidad de ciertas ventas ha sido muy tratada por la jurisprudencia porque existen **ciertos puntos de la regulación de ambos códigos (CCom y CC) que resultan divergentes**. Así, en el caso de vicios ocultos, el plazo para que el vendedor pueda ponerlos de manifiesto al comprador es de treinta días en la compra mercantil, y de seis meses en la civil (véanse arts. 342 CCom y 1490 CC); y en cuanto al paso del riesgo, en la compra mercantil se produce con la puesta a disposición o entrega (art. 333 CCom), mientras que en la civil, según la interpretación mayoritaria, opera desde la perfección del contrato (art. 1452 CC). De esta forma, si la reclamación por vicios ocultos se produce, por ejemplo, a los dos meses de la entrega, habrá prescrito el derecho del comprador si la compra es mercantil, pero pervive si es civil; o si la cosa se pierde por caso fortuito entre el momento de perfección del contrato y el pactado para la entrega, la pérdida será de cuenta del comprador en el caso de compra civil, y del vendedor si el contrato es mercantil. Téngase en cuenta que, según lo dicho anteriormente, las compras que la empresa realice de materias primas para elaborar sus productos o servicios serán mercantiles (pues compra para revender esas materias, convertidas en otro producto o servicio), salvo que las compras sean a agricultores, ganaderos o artesanos de sus productos, que serían civiles reguladas por el CC; igualmente lo serían las ventas de los productos elaborados realizadas a intermediarios o minoristas, pero no las ventas a consumidores (que constituirían ventas civiles, pero reguladas por la LGDCU).

Vicios ocultos frente a entrega «de cosa distinta»

En la práctica de los tribunales españoles es muy común que en los casos en que los defectos son especialmente relevantes y hacen el bien totalmente inhábil para el uso normal que podría darle el adquirente, se considera que no existe «vicio oculto», sino entrega de «cosa distinta» a lo pactado (entrega de *aliud pro alio*). En tales supuestos, para denunciar el defecto no se aplicaría el plazo de treinta días o seis meses (según la compra sea mercantil o civil), sino el de cinco años propio del incumplimiento ordinario (art. 1964 CC). Véanse, entre otras muchas, SSTs de 6 de abril de 1989, 1 de marzo de 1991, 15 de diciembre de 2005 o 22 de noviembre de 2010. La existencia de simple vicio oculto o de entrega de cosa distinta se apreciará caso por caso.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta la existencia de una regulación especial en los artículos 114 a 127 LGDCU respecto de las llamadas **compras de consumo**, las realizadas por un consumidor.

El régimen es imperativo y cualquier cláusula no negociada individualmente que modifique el régimen legal en perjuicio del consumidor sería considerada como abusiva (art. 86.1 LGDCU). En cambio, en la compra civil o mercantil el régimen de los vicios ocultos suele entenderse como dispositivo (arts. 1475.3 y 1485.2 CC y 345 CCom).

- Primero, no se opera con la institución de los «vicios ocultos», sino con el instituto de la «conformidad» del bien, y el bien será conforme si, entre otras cosas (véase art. 116 LGDCU), se ajusta a la descripción realizada por el vendedor y presenta la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del producto y, en su caso, de las declaraciones del

comprador y de la publicidad realizada. Como se aprecia, el rigor para el vendedor es mucho mayor, pues el producto debe ser acorde con lo que el comprador pueda «fundadamente esperar» de ese tipo de bienes.

- Segundo, el plazo para reclamar por las faltas de conformidad es de dos años desde la entrega (art. 123 LGDCU; en productos de segunda mano será el pactado por las partes, pero nunca inferior a un año).

Por esto suele decirse que los bienes tienen una «garantía» de dos años, en el sentido de que los defectos originarios que se manifiesten en ese tiempo dan derecho a reclamar. Esa garantía legal mínima puede ser ampliada por pacto entre las partes (véase art. 125 LGDCU, sobre la «garantía comercial adicional»). Muchos fabricantes conceden una garantía igual a los adquirentes que no sean consumidores, por razones comerciales de no discriminar a unos respecto de otros (y porque, a menudo, no se puede conocer si la adquisición va a ser para consumo o para uso empresarial o profesional).

- Por último, en los casos de falta de conformidad, el consumidor podrá optar entre la reparación o la sustitución del bien, que deberán realizarse de forma gratuita y en un plazo razonable. Si no son posibles, o si no se realizan en un plazo razonable o sin inconvenientes, el consumidor podrá elegir entre una rebaja del precio o una resolución del contrato (arts. 118 a 122 LGDCU). El ejercicio de las acciones por falta de conformidad es incompatible con el de las derivadas de los vicios ocultos (art. 117.1 LGDCU).

En tercer lugar, cuando nos encontremos ante una compraventa internacional (fundamentalmente, en el caso de que un ciudadano español celebre una compraventa con un ciudadano extranjero que sea nacional de un país igualmente firmante del Tratado), normalmente se aplica el régimen del **Convenio de Viena sobre compraventa internacional** (Convenio de Viena de 11 de abril de 1980, CISG). En este régimen tampoco se utiliza la categoría de los vicios ocultos, sino que simplemente la «falta de conformidad» del bien se trata como un incumplimiento del contrato, y el comprador puede exigir la reparación o sustitución del bien, o la resolución del contrato si el incumplimiento es esencial, y una indemnización por daños y perjuicios (arts. 46, 50, 25 y 74 CISG). Igualmente, es resaltable que en el comercio internacional (y también en el nacional), cuando vendedor y comprador se hallan en plazas distintas lo normal es que adopten una serie de reglas acuñadas por la práctica comercial internacional que se denominan **Incoterms**. Estas reglas no contienen un régimen total de los derechos y obligaciones de las partes, pero señalan fundamentalmente qué prestaciones corresponden a cada uno de los contratantes y en qué momento el riesgo de pérdida de la mercancía por caso fortuito es de cuenta del comprador.

La Convención de Viena también somete a su regulación el contrato mixto en el que existe una compraventa y una prestación de servicios accesoria: por ejemplo, el comprador entrega unos materiales y el vendedor los ensambla o manufactura junto con otros (no siendo los suministrados por el vendedor la «parte sustancial» de todo lo que se ensambla), y vende el resultado final al comprador. De la regulación se excluyen las compraventas de bienes para uso personal o familiar, para evitar los problemas que supondría la aplicación de derechos imperativos de defensa de consumidor. Por último, cabe señalar que el régimen convencional es dispositivo y que las partes pueden excluir su aplicación.

Estos Incoterms (acrónimo de *international commercial terms*) no son verdadera costumbre, en cuanto que no son normas que obliguen de por sí, sino que obligan a las partes porque estas, voluntariamente, han decidido su aplicación.

Los Incoterms vienen fijados periódicamente por la Cámara de Comercio Internacional. No solo hacen referencia a lo relativo al contrato de compraventa y al paso del riesgo en la misma, sino también al transporte (quien lo contrata, quien lo paga, desde donde se realiza) y al seguro. Si, por ejemplo, las partes establecen que la compraventa se realiza FOB (*free on board*), determinan que el vendedor se obliga a entregar a bordo de un buque, en el puerto de salida de la mercancía, y hasta entonces él soporta los gastos del transporte y el riesgo de pérdida de la mercancía por caso fortuito o fuerza mayor; el seguro lo contratará el comprador y las licencias de exportación las debe gestionar el vendedor. Cada Incoterm contiene una regulación bastante detallada de múltiples aspectos contractuales.

En cuarto lugar, debe recordarse que existe una **regulación específica del comercio minorista** (esto es, de la actividad profesional consistente en ofertar la venta de bienes a los destinatarios finales), realizada por la Ley de ordenación del comercio minorista (LOCM), de 15 de enero de 1996. La misma contiene un conjunto muy heterogéneo de normas, que abarcan tanto las condiciones para establecer «grandes superficies» (hipermercados) en una localidad como ciertas ventas especiales (ventas en rebajas, en liquidación, de saldos, a distancia, etc.). De especial interés era la regulación que se realizaba de las «ventas a distancia» en sus artículos 38 a 48, que desde la reforma operada por la Ley 3/2014 se remite al régimen de los artículos 92 a 113 LGDCU.

También debe destacarse la existencia de la **Ley de venta de bienes muebles a plazos** (en adelante LVPBM), de 13 de julio de 1998, cuyas reglas son imperativas. Esta Ley se refiere a la venta de ciertos bienes de carácter duradero cuando son comprados a plazos en las condiciones establecidas por la misma, excluyendo las compras de bienes destinados a la reventa al público (que son mercantiles). Posiblemente, lo más importante de esta Ley es la regulación del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, integrado en el Registro de Bienes Muebles, y la eficacia que se da a las inscripciones que se practiquen en el mismo. Las partes pueden pactar que la propiedad del bien no se adquiera hasta el pago del último plazo (cláusula de «reserva de dominio»). Si el contrato se inscribe en el citado Registro, esta cláusula será oponible a cualquier tercero, aunque de hecho no la conozca.

Así, por ejemplo, si el comprador que aún no ha pagado los plazos vende el bien a un tercero, en caso de incumplimiento del pago de los plazos el vendedor podrá exigir a este tercero que pague la cantidad que reclama o que desampare el bien (art. 16.3 LVPBM). Esta regulación se justifica porque ese tercero debería conocer, ya que estaba publicado, que el bien había sido comprado a plazos y aún no estaba pagado, de modo que quien se lo «vendió» no era aún propietario. Por otro lado, si el bien vendido a plazos con reserva de dominio en poder del comprador es embargado a este por sus deudas, el vendedor podrá alzar el embargo acreditando que existe pacto de reserva de dominio inscrito a su favor (art. 15.3 LVPBM).

En quinto y último lugar, dentro de los contratos asimilados a la compraventa, tiene especial relevancia en el ámbito mercantil el **contrato de suministro**, pues muy comúnmente las empresas contratan suministros periódicos de materias primas con sus proveedores, e igualmente suministros periódicos de sus productos o servicios a los intermediarios o a los minoristas. El suministro consiste en el pacto por el cual se fijan una serie de plazos para la entrega

y pago de cierta cantidad de bienes en cada plazo. Se trata, así, de algo parecido a una serie de compraventas sucesivas, ya prefijadas en sus plazos (y a veces, también en las cantidades). El suministro es el paradigma de contrato «de tracto sucesivo» (por ejemplo, a los efectos del artículo 61.2 LC), de forma que no es un negocio «de ejecución continuada» o diferida (no se ejecuta una prestación en ciertos plazos), sino que se desdobra en «parejas de prestaciones correspectivas», en el sentido de que cada prestación y contraprestación satisface las necesidades de la contraparte para ese periodo. Como contrato de tracto sucesivo, si se pacta por tiempo indefinido cualquiera de las partes podrá denunciarlo (pues no cabe entender que obligue de por vida), avisando con un preaviso que permita a la contraparte evitar las consecuencias perjudiciales de esta extinción.

2.4. Contratos de intermediación y de distribución

Una vez que la empresa tiene elaborado su producto o servicio, tiene que lograr clientes que lo adquieran, y una vez logrados, fidelizarlos para lograr una continuidad y un incremento de sus pedidos. En esa labor es fundamental el trabajo de intermediarios o de empresarios independientes que consiguen que los terceros adquieran los bienes y servicios. Los intermediarios actuarán por cuenta del empresario, en interés del mismo, y su ganancia consistirá normalmente en una comisión sobre el precio de los pedidos. En cambio, los empresarios independientes actúan por su propio interés, pero de forma indirecta, al comercializar los productos o servicios del empresario, también contribuyen a su éxito y difusión. Estos diversos contratos de intermediación y de distribución son objeto específico de otras asignaturas, por lo que aquí únicamente haremos una escueta referencia.

La labor puede ser desarrollada, como se expone, por «intermediarios» que, por cuenta del empresario, buscan clientes o fidelizan a los clientes ya existentes. Estos intermediarios pueden actuar de maneras distintas:

- Puede **contratar él con el tercero**, bien en nombre propio o en nombre ajeno. El intermediario no se limita a «buscar» personas que quieran contratar con el principal, sino que además contrata con ellas por cuenta (o, lo que es lo mismo, «en interés») del principal.
- Puede limitarse a «**buscar**» **personas** que están dispuestas a contratar con el principal, en las condiciones inicialmente fijadas por este, y, una vez encontradas, «poner en contacto» a tercero y principal para que estos negocien y, en su caso, lleguen al acuerdo. Esta forma de operar será más adecuada si al principal le interesa un tercero con ciertas características personales específicas (por ejemplo, cuando quiere alquilar el piso, contratar un empleado, encontrar a una pareja sentimental, etc.), pues entonces querrá conocerle personalmente antes de contratar.

Cuando el principal quiere contratar a un intermediario para que realice una operación del primer tipo, realizará un **contrato de mandato o de comisión mercantil**, en el que el mandatario o comisionista contrata con el tercero. Este contrato se rige por el Código Civil o el Código de comercio, siendo la regulación de ambos cuerpos legales muy parecida. Si, en cambio, el principal quiere simplemente que el intermediario «promueva» un contrato buscando a terceros y poniéndoles en contacto con aquel, estaremos ante un **contrato de corretaje**, que es una modalidad muy practicada pero carente de regulación legal. Por último, si el principal precisa de intermediarios que no realicen una única operación del tipo antes referido, sino que se ocupen de forma estable de concertar contratos o de promoverlos (por ejemplo, el comercial que vende coches –todos los coches que pueda– de una determinada marca, la agencia inmobiliaria a la que se encarga la venta de varios bloques de pisos, el comercial de banca que intenta vender el mayor número posible de productos financieros, etc.), será un **contrato de agencia**, regulado por la Ley 12/1992. La estabilidad del cometido hace que las obligaciones sean parcialmente distintas de las propias de la gestión de un encargo único, siendo la colaboración dilatada en el tiempo y más intensa.

En nombre propio y en nombre ajeno

Cuando el intermediario contrata con terceros puede hacerlo de dos maneras: actuando «en nombre propio» o «en nombre ajeno». Los dos códigos admiten ambas modalidades. Si el gestor actúa «en nombre propio» queda él obligado como contraparte con el tercero y no existe relación jurídica directa entre el principal y el tercero; si, en cambio, actúa «en nombre ajeno», ya expresa que la contraparte del tercero es su principal, de forma que quienes quedan ligados son principal y tercero (el gestor no respondería, por ejemplo, de los posibles vicios del bien vendido si lo celebrado fue una compraventa y él era intermediario por cuenta del vendedor). Lógicamente, cada modalidad será más adecuada para ciertos tipos de contratos. Por ejemplo, quien quiera comprar una casa preferirá que su intermediario actúe «en nombre ajeno», para así recibir directamente la propiedad del tercero y poder reclamarle por posibles vicios. El agente, por imperativo legal, debe actuar siempre «en nombre del principal» (art. 1 LCAgencia), y el corredor no contrata con el tercero, por lo que no actúa en nombre propio ni ajeno.

Estos contratos de intermediación se diferencian de la «**relación laboral**» que puede existir entre un empresario y los empleados que contrató como «comerciales», como captadores de clientes. Si el intermediario es un empresario independiente, con su propia organización (medios materiales, local y empleados propios, etc.), lo que corresponderá es contratarle como mandatario, comisionista, corredor o agente, según el caso. Si, en cambio, el comercial no tiene medios propios y actúa dentro del ámbito de organización del principal (en materia de horarios, organización, uso de medios materiales, etc.), correspondería contratarle como trabajador (es una relación laboral especial regulada en el RD 1438/1985). Este tipo de consideraciones sobre la mayor o menor libertad del intermediario para organizar su tiempo y sus materiales es el usado por la jurisprudencia para determinar cuál debe ser el contrato celebrado.

En efecto, podría darse el fraude de contratar a un «comercial laboral» calificando nominalmente el contrato de «agencia», para así no tener que cotizar a la Seguridad Social ni tener que aplicar todas las reglas defensivas del interés del trabajador (permisos, vacaciones retribuidas, jornada máxima, etc.). En estos casos, si el intermediario contratado pudiera probar que realmente no disponía de medios propios ni de libertad de horarios, podría exigir posteriormente que ha existido un fraude en la contratación y que se le deben aplicar las consecuencias laborales de su relación. Este tipo de reclamaciones es

muy común en las relaciones de intermediación, véanse SSTs de 2 de julio de 1996 o 21 de octubre de 1996, de la Sala de lo Social, o 16 de abril de 2007, Sala de lo Civil, y SSTSJ (Sala de lo Social) Cataluña 16 de febrero de 1999, País Vasco 7 de julio de 2009, Cataluña 5 de marzo de 2010, o Madrid 6 de mayo de 2011.

Distintos jurídicamente a los intermediarios, si bien cumplen una función que puede ser materialmente equivalente, son los **empresarios independientes distribuidores** de los productos o servicios del empresario. Dentro de estos distribuidores cabe distinguir dos grandes grupos:

- Puede tratarse de compradores revendedores, que actuarán con total libertad a la hora de proceder a la reventa de los bienes. Este tipo de negocios será, simplemente, una compraventa mercantil (art. 325 CCom), pues el mayorista o minorista adquirente lo hace para revender.
- Puede tratarse de **concesionarios, franquiciadores o distribuidores selectivos**, supuestos en los que el distribuidor actúa en interés propio y asumiendo el riesgo empresarial, pero sometándose en parte a las directrices y formas de presentación y actuación de la marca o servicio del concedente/franquiciador. En estos casos, la libertad del concesionario/franquiciado está limitada (por tener que seguir las formas de presentación del producto o servicio), pero sigue existiendo (si no, el acuerdo resultaría totalmente contrario al derecho de competencia, como luego se dirá).

Respecto de estos contratos, solo queremos poner de relieve los dos problemas fundamentales que resultan más litigiosos y que son tratados en el material docente específico.

En primer lugar, y referido exclusivamente a los contratos de concesión y franquicia, estos suponen un **ataque contra el principio de libre competencia**, porque al depender los concesionarios en su actuación de las órdenes del concedente, ni son libres en cuanto al desempeño de su actividad ni compiten abiertamente entre sí. Este problema ha motivado que en el derecho comunitario se haya dictado el Reglamento comunitario número 330/2010, de 20 de abril. Esta norma parte de una valoración positiva de los contratos de concesión y franquicia, pero reconoce que suponen una restricción de la competencia debido a las cláusulas de exclusiva y a la sujeción a las órdenes del franquiciado. Por ello, el Reglamento impone una serie de límites a esa exclusividad y determina qué tipo de órdenes se eximen de la prohibición porque, aunque suponen una restricción de la competencia, producen unos efectos beneficiosos proporcionalmente mayores.

Así, y entre otras reglas, el Reglamento prohíbe que el concedente imponga al concesionario los precios de reventa del producto o servicio, si bien sí puede recomendárselos, o fijar unos precios de venta máximos. También se puede pactar en el contrato que el franquiciado no busque activamente clientes fuera del territorio asignado, con ciertos matices; en cambio, no se puede pactar la prohibición de vender a clientes de fuera de esa zona cuando acuden por su propia iniciativa (de los clientes).

La cuestión no es teórica, ni nimia. Nuestros tribunales han determinado que si un contrato ha sido **calificado por las partes como agencia para escapar de la aplicación del Reglamento comunitario**, no por ello dejará de estar sometido al mismo (véanse SSTs de 15 de enero de 2010 y 13 de junio de 2011, ambas referidas a un contrato de «abanderamiento» de gasolinera). El agente está sometido a las instrucciones del principal y no le resulta aplicable el citado Reglamento comunitario; pero sí a un concesionario/franquiciado, aunque formalmente sea calificado en el contrato celebrado como agente («agente no genuino» lo llama la jurisprudencia). Y un «agente» que soporta los riesgos del negocio (porque adquiere los bienes en firme, porque asume el riesgo de impago del cliente final, etc.) no es verdadero agente, sino concesionario o franquiciado. Y si ese contrato de concesión/franquicia, formalmente denominado de agencia, contiene alguna de las cláusulas prohibidas, será nulo todo él (no únicamente la cláusula de fijación de precios). Así, un contrato de abanderamiento de gasolinera en el que se impusiera, de hecho o de derecho, el precio de reventa al concesionario, será nulo.

Un segundo aspecto muy relevante es el relativo a la **indemnización por clientela** en los supuestos de terminación de los contratos de distribución (especialmente en supuestos de concesión/franquicia; más raramente en supuestos de comprador/revendedor, salvo que haya actuado casi en exclusiva para ese producto). Finalizado el contrato, se plantea si hay que indemnizar al distribuidor por la labor de incremento de clientela y de fidelización de la misma. Ciertamente, el distribuidor ya ha obtenido una ganancia, pero ahora sería el momento de valorar si merece una indemnización por la labor global realizada. En general, la jurisprudencia ha reconocido este derecho a una indemnización si el distribuidor ha incrementado la clientela o los pedidos del concedente, si cabe esperar que los clientes por aquel fidelizados seguirán adquiriendo productos o servicios de este, etc. En ocasiones, se ha acudido para esto a una aplicación puramente analógica de los criterios utilizados por el artículo 28 LC Agencia (SSTs de 20 de diciembre de 2005, 15 de marzo de 2011, 9 de julio de 2015 o 16 de marzo de 2016, entre otras muchas).

De todas formas, como no existe una norma imperativa como la del contrato de agencia, se realizan precisiones que difieren de esta regla. Así, se admiten los pactos de renuncia previa a la indemnización o de fijación previa de la misma (SSTs de 30 de diciembre de 2010 o 25 de abril de 2011), y el cálculo del máximo ya no puede hacerse sobre las comisiones del agente, sino sobre el beneficio obtenido por el distribuidor (el beneficio neto y no el margen comercial, STS de 20 de mayo de 2009). Por otra parte, el plazo de prescripción de exigencia de esta indemnización no será el del año de la LC Agencia, sino el general de cinco años (STS de 16 de febrero de 2010). Por último, también habrá que tener en cuenta el mercado concreto en el que opera el distribuidor, pues, por ejemplo, en la distribución de automóviles es posible que el cliente esté más fidelizado por la propia marca que por la labor del distribuidor (SSTs de 12 de junio de 1999 o 4 de marzo de 2009).

2.5. Contratos de arrendamiento de servicios, de obra y de depósito

Aparte de todos los contratos que podrá realizar el empresario ya estudiados, en muchos casos se realizarán también diversos contratos de servicios, que pueden abarcar los aspectos más variados. Ya se ha hecho referencia a los diversos **servicios informáticos** que pueden ser precisos para hacer publicidad de la empresa o para gestionar su actuación automatizando ciertas actividades materiales. También pueden ser precisos **servicios de asesoramiento**, bien comercial (estudio de posibles nuevos mercados, de posibilidades de expansión a otros territorios, de lanzamiento de nuevos productos, etc.), bien financiero (estudio de posibilidades de inversión), o de otro tipo. También cabe hacer referencia al llamado contrato de **externalización de servicios** (*outsourcing*). Consiste en que ciertos aspectos concretos, precisos para el correcto desenvolvimiento de la actividad pero que resultan accesorios, se encomienden a empresarios externos a la empresa, en vez de contratar como empleados laborales a personas que realicen esa labor. No se trata de comisiones o mandatos, pues lo encargado es la realización de un acto material y no de un acto con relevancia jurídica. El empresario puede así centrarse solo en su labor de producción específica, que es la que él conoce y domina, sin dedicar esfuerzos ni personal a las labores accesorias. Estos contratos no tienen una regulación especial y se rigen por las escasas reglas relativas al arrendamiento de servicios y las de teoría general de la contratación.

Ejemplos

Los supuestos más comunes son encomendar: las labores de vigilancia de la empresa a una empresa de seguridad; la llevanza del comedor de los empleados por una empresa de restauración; la limpieza a una empresa de este tipo, o la colocación, mantenimiento y enseñanza del uso de los programas informáticos a una empresa de informática.

En cuanto a los llamados **contratos de obra**, o de arrendamiento de obra, puede darse el supuesto de que el empresario precise que otra empresa especializada elabore un objeto (como una máquina) o un elemento más complejo (un inmueble, una nave industrial específica, etc.), de forma que se le encargue una obra acabada. La diferencia entre arrendamientos de servicios y de obra cada vez es menos definida, de igual forma que la tradicional dicotomía prestación de medios frente a prestación de resultado. En el ámbito empresarial, el contrato típico de arrendamiento de obra se suele considerar el de transporte, que luego desarrollaremos más, pero hay también otros, como los contratos de construcción de nave «llave en mano».

Por último, también puede que el empresario quiera obtener prestaciones de **custodia de bienes**, propias del contrato de depósito. Este negocio se halla regulado por partida doble en los dos códigos decimonónicos y su importancia real hoy en día es limitada. La obligación principal del depositario es la «custodia» del bien, a veces con prestaciones muy específicas (como las de mantener una temperatura adecuada, o unas condiciones de humedad, o de seguri-

dad, etc., lo cual no desnaturaliza al contrato, que seguirá siendo de depósito, SSTS de 19 de abril de 1988 o 30 de julio de 1991), y también a menudo con prestaciones accesorias de prestaciones de servicios muy diversos.

La obligación fundamental del depositario es la de custodia del bien, lo cual implica el guardarlo en las condiciones que resulten más adecuadas. Así, por ejemplo, responderá si ha dejado el bien expuesto a las condiciones climáticas y se dañó por la lluvia (STS de 26 de mayo de 1980), y también si el bien exigía el mantenimiento en cámaras frigoríficas a una cierta temperatura, y así se pactó, y se ha incumplido tal circunstancia (SSTS de 30 de julio de 1991 o 15 de marzo de 1995, entre otras muchas). La jurisprudencia ha concluido también en esta materia la existencia de una inversión de la carga de la prueba, de forma que en supuestos de pérdida el depositario responderá salvo que acredite que la desaparición fue por causas ajenas a su voluntad (STS de 24 de julio de 2003).

2.6. Aseguramiento frente a los riesgos: contrato de seguro

Si bien varios de los contratos que hasta ahora se han referido puede que no sean necesarios para desarrollar una actividad empresarial concreta, lo que sí resultará casi inexorable es que el empresario estipule uno o varios negocios de **seguro**, para cubrirse frente a alguno o todos los riesgos de la actividad, que son muchos. Teniendo en cuenta los tipos recogidos en la Ley de contrato de seguro, pero también otros surgidos en la práctica, el empresario podrá realizar, entre otros, los siguientes seguros:

- Un **seguro multirriesgo** por **daños** a las naves y establecimientos (continentes) y todos los componentes materiales de la empresa (contenidos). Normalmente, el seguro cubrirá todo tipo de daños, también los causados por **incendio** y **robo**, con las coberturas, delimitaciones y cláusulas que se pacten (arts. 45 a 53 LCS). También podría incluir un **seguro de responsabilidad civil** (arts. 73 a 76 LCS), o si no pactarlo de forma separada, pero este es también un riesgo muy relevante en el ejercicio de cualquier actividad empresarial (daños a terceros causados por la actividad, daños a trabajadores, etc.). En todos estos seguros será relevante, en caso de ciertos siniestros (como el incendio que reduzca todo a cenizas o el robo), probar la preexistencia de los objetos, si bien el contenido de la póliza constituirá una presunción a favor del asegurado cuando razonablemente no puedan aportarse pruebas más eficaces (art. 38.2 LCS).
- Para asegurar las mercancías o los medios de transporte propios cuando los use, podría concertar **seguros de transporte terrestre** (arts. 54 a 62 LCS).
- Puede concertar un **seguro de lucro cesante** para el supuesto de pérdida del rendimiento económico que hubiera podido alcanzarse en un acto de no haberse producido el siniestro descrito en el contrato (arts. 63 a 67 LCS).
- En caso de que un deudor deba cumplir ciertas obligaciones frente a la empresa, podrá exigirle que concierte un **seguro de caución** que indemnice a la empresa si el deudor incumple esas obligaciones (art. 68); y también podría asegurarse frente a la insolvencia de sus deudores mediante

un **seguro de crédito** (arts. 69 a 72 LCS), especialmente con **seguros de crédito a la exportación** si exporta sus bienes o servicios.

- Para costear los posibles procedimientos administrativos, judiciales o arbitrales de la empresa, podría concertar un **seguro de defensa jurídica** [arts. 76.a) a 76.g) LCS], que cubre los costes, pero no el pago de las multas o de las indemnizaciones impuestas por la administración o la autoridad judicial.
- Además, también podría concertar voluntariamente para sus trabajadores y administradores **seguros de muerte, de supervivencia, de accidentes, de enfermedad, de decesos o de dependencia**, cuyas prestaciones se sumarían (en su caso) a las provenientes de otras fuentes.

Obviamente, el empresario deberá valorar qué seguros concierta en función de sus costes, del tipo de actividad que realiza y de los posibles riesgos más comunes que le afectan, etc., de modo que posiblemente asegurarse frente a todos los posibles riesgos le resulte inasumible. En todos estos casos, para los **seguros de daños** rigen el **principio indemnizatorio** (el asegurado no puede obtener una indemnización superior al daño real, ni a la proporción en que la suma asegurada cubre el interés) y el principio de **repetición del asegurador** (arts. 25 a 32 y 43 LCS); principios que no se aplican a los seguros de personas (excepto cuando tales seguros cubren costes objetivos, como el coste de medicinas, y no daños personales).

2.7. Recapitulación

Como se aprecia, todos los contratos tienen un **sentido global** considerados como el conjunto de relaciones negociales que entablan empresarios y consumidores para producir y adquirir bienes y servicios. Desde luego, la complejidad de los contratos que deben realizar las empresas (contratos de servicios para diseñar los productos y para publicitar y ofrecer la comercialización, compras de bienes para elaborarlos, venta de los bienes elaborados, transportes, distribución, etc.) es mucho mayor que los negocios que normalmente realizan los consumidores. En todo caso, ambos tipos de sujetos tienen en común la realización de negocios de financiación o de servicios financieros (fundamentalmente, negocios bancarios) y de seguro (si bien los riesgos contra los que se asegure cada grupo de sujetos suelen ser diferentes en ciertos aspectos). Quedan fuera de estas consideraciones las relaciones laborales del empresario con sus empleados, que se tratan en otra asignatura, así como la actividad material en sí de producción de bienes o servicios, que no tiene naturaleza jurídica.

Todas las relaciones negociales referidas han sido tratadas en otros materiales docentes, por lo que únicamente se ha realizado una exposición muy escueta de las mismas. A continuación se desarrollarán con más detalle dos grupos de

contratos que no han sido expuestos hasta ahora en esos materiales: los de transporte de mercancías por carretera y los contratos que se realizan en los mercados de valores.

3. Especial consideración del contrato de transporte terrestre de mercancías por carretera

3.1. Concepto y normas reguladoras

Mediante el contrato de transporte el porteador desplaza físicamente una mercancía, realizando así una prestación de «hacer» o de servicios (si bien dentro de la teoría general del contrato se le suele situar como paradigma del «contrato de obra», pues el porteador procura una prestación de resultado y no de simples medios). Hasta hace unos años el contrato se regulaba por partida doble en ambos códigos, pero la **Ley de 11 de noviembre de 2009**, del contrato de transporte terrestre de mercancías (en adelante LCTTM), sustituye esta regulación por una única, que ya no distingue transporte civil y mercantil.

Junto con esta Ley como norma reguladora fundamental de este contrato, hay que citar la Ley de ordenación de los transportes terrestres, de 30 de julio de 1987, cuyo Reglamento es de 28 de septiembre de 1990. Esta Ley regula ciertos aspectos administrativos del transporte, como por ejemplo las condiciones que han de reunir los porteadores para poder actuar como tales (arts. 42 a 45). Existe además una Orden FOM/1882/2012, de 1 de agosto, por la que se aprueban las condiciones generales de contratación de los transportes de mercancías por carretera, aplicable en defecto de pacto entre las partes (pero que determinan que si el contrato de transporte es de adhesión, únicamente podrán modificarse las condiciones cuando las que se establezcan resulten más beneficiosas para el adherente).

En este apartado nos referiremos exclusivamente al transporte de **mercancías por carretera**. El transporte de **viajeros** está muy regulado administrativamente, dado el valor esencial del sujeto transportado, y las reglas que lo rigen son sustancialmente distintas del transporte de mercancías por las propias diferencias existentes entre la persona y cualquier bien. En los casos en que el transporte de mercancías por carretera sea **internacional**, se aplica, como regla general, un tratado internacional, el Convenio de Ginebra, de 16 de mayo de 1956 (normalmente llamado Convenio CMR), ratificado por España en 1973. El régimen del transporte de **mercancías por mar** se recoge en la Ley de navegación marítima de 2014 y en numerosos convenios internacionales. El transporte de **mercancías por aire** está regulado en la Ley de navegación aérea, de 1960 (modificada en 1969, 2003 y 2010), siendo también relevante la Ley de seguridad aérea, de 7 de julio de 2003.

Para conocer los litigios derivados de este contrato son **competentes los jueces de lo mercantil** (art. 86 ter.2.b LOPJ). Debe destacarse que cuando los litigios relativos al transporte no excedan de 15.000 euros, conocerán de los mismos las **Juntas Arbitrales de Transporte** (arts. 37 a 39 LOTT, que requieren además que ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado). Estas juntas son órganos administrativos. Se trata de un verdadero «ar-

bitraje» que sustituye así al proceso judicial, y el laudo dictado no puede ser impugnado por cuestiones de fondo. La labor de las Juntas ha sido y es muy relevante, constituyendo una especie de mecanismo paralelo de resolución de conflictos en esta materia. Además, las Juntas tienen competencias para realizar el depósito de mercancías y ordenar su venta en los diversos supuestos que menciona la Ley (peligro de pérdida, imposibilidad de cumplimiento del transporte, falta de recepción, etc., véanse arts. 32, 40 y 44-45 LCTTM).

3.2. Elementos personales y formales

En el contrato de transporte intervienen **tres sujetos** o posiciones jurídicas claramente diferenciadas:

- El cargador o remitente, que es quien contrata el envío de los bienes.
- El porteador o transportista, que es quien lleva a cabo la labor de transporte.
- El destinatario o consignatario, que es aquel a quien se envían las mercancías (puede ser el propio cargador o un tercero).

La condición de «porteador» está muy regulada administrativamente, debido a la unificación de estas reglas en todo el derecho comunitario. Los requisitos para ser porteador se recogen en los artículos 42-46 y siguientes LOTT: nacionalidad española o comunitaria, capacitación profesional, capacidad económica y honorabilidad. Estos requisitos se exigen del «porteador» jurídico, es decir, del empresario que actúa como transportista, que puede ser una persona jurídica o física (porteador autónomo). El simple «chófer» de una empresa de transportes, contratado laboralmente por esta, no es un porteador en sentido jurídico.

En relación con la posición jurídica del porteador se plantean diversas situaciones de pluralidad de porteadores y la figura del «subtransporte»:

- En el supuesto de que el viaje se realice por **varios porteadores que actúan conjuntamente en un contrato único**, documentado en una sola carta de porte, en caso de reclamación por avería o retraso el cargador o destinatario podrá dirigirse contra el primer porteador, contra el último o contra el que haya ejecutado la parte del transporte en cuyo curso se ha producido el hecho en que se fundamenta la acción (art. 65 LCTTM). El porteador que pague en virtud de esta reclamación tiene derecho de repetición frente a los otros, conforme a las reglas del artículo 66 LCTTM.

- Supuesto distinto al anterior es el del **subtransporte**. A menudo el porteador que se obliga a realizar el transporte no puede hacerlo con sus propios medios y subcontrata la realización efectiva de la prestación con otro porteador. De esta manera, el porteador contratado por el cargador es un «porteador contractual» (el que responde como tal frente al cargador), pero el subtransportista es el «porteador efectivo». En tales casos, formalmente no existe relación alguna entre el cargador principal y el subporteador/porteador efectivo (que no han contratado entre sí), de modo que será el porteador quien responderá frente al cargador si el subporteador realiza mal su prestación (véase art. 6 LCTTM). La doctrina y la jurisprudencia, y también en algunos casos la legislación, han atenuado esta regla y defienden una específica responsabilidad solidaria de porteador contractual y efectivo frente al cargador.

Ejemplos

Para un supuesto de subtransporte y de reclamación del precio del porte, ved STS de 7 de junio de 1991. Ved también un supuesto de doble subtransporte en la STS de 9 de julio de 2015, que se expone después, al tratar la limitación de la responsabilidad del porteador.

En la actualidad, además de estas partes contractuales existe toda una serie de **empresas auxiliares del transporte** que realizan diversas prestaciones accesorias de las del transporte, pero totalmente necesarias para la efectividad de los contratos. Están reguladas en la LOTT. Las agencias de transportes intervienen en la contratación del transporte público por carretera, realizando actividades de gestión, información, oferta y organización del transporte, mediando entre cargadores y porteadores. Los transitarios son intermediarios u organizadores de las operaciones de transporte internacional por cualquier medio que ofertan servicios de transporte y gestionan seguros, documentación aduanera, etc. (si bien, en ocasiones, asumen también la realización del transporte, como «transportistas contractuales», aunque no vayan a desarrollarla por sí mismos; véase, para un supuesto de transporte marítimo, STS de 21 de enero de 2014). Por último, los almacenistas-distribuidores reciben mercancías en depósito para operaciones de recogida y distribución. Para centralizar las operaciones de carga y descarga, y la situación física de las empresas auxiliares, es común establecer los llamados por la Ley «centros de información y distribución de cargas». Son organismos de información ubicados en los grandes núcleos urbanos de las comunidades autónomas para canalizar la oferta de servicios de transporte, actuando como punto de encuentro de cargadores y porteadores.

La doctrina mayoritaria considera que el contrato de transporte es **consensual**, no es formal (SSTS de 11 de diciembre de 1968, o 18 de junio de 2001, en un supuesto en que no se había emitido documento alguno equiparable a una carta de porte). Los artículos 10 y siguientes LCTTM contemplan la existencia de un documento denominado «carta de porte», pero no se exige como elemento esencial del contrato. De hecho, la carta de porte no se suele expedir normalmente en la práctica comercial. En caso de emitirse, es un documento probatorio del contrato (art. 14 LCTTM), y si bien existe discrepancia doctrinal acerca de su posible consideración como título-valor representativo de las mercancías, la actual regulación no lo considera como tal.

3.3. Derechos y obligaciones de las partes

La parte fundamental de la regulación legal del contrato es la relativa a la **responsabilidad por la carga**: quién responde si la carga llega en mal estado o con retraso. Las disposiciones legales en este punto tienen carácter imperativo, y cualquier cláusula contractual que pretenda reducir o aminorar el régimen de responsabilidad del porteador será ineficaz y se tendrá por no puesta (art. 46 LCTTM). Además, se aplica también si la responsabilidad se exige en virtud de reglas de responsabilidad extracontractual (art. 63 LCTTM). En principio, el cargador responde de los daños que la mercancía sufra en el transporte y por los retrasos producidos por culpa del cargador/destinatario, por una instrucción de estos no motivada, por una acción negligente del porteador, por vicio propio de la mercancía o por circunstancias que el porteador no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir (esto es, caso fortuito o fuerza mayor) (art. 48 LCTTM). Ahora bien, quien debe probar que los daños se debieron a tales circunstancias es el transportista. Dicho de otra forma, el porteador responde salvo que demuestre que el retraso o avería se debieron a las circunstancias señaladas (arts. 47-48 LCTTM). Esto, de hecho, le perjudica notablemente. Por estas razones, el porteador tiene derecho a examinar los bultos y a hacer constar sus objeciones (las llamadas «reservas») si considera que las mercancías ya están averiadas o mal acondicionadas (arts. 25-27 LCTTM).

Nota

El porteador responde por sus propios actos y omisiones, pero lógicamente también por los de sus colaboradores y empleados (art. 47 LCTTM).

En ningún caso exonera al porteador los defectos de los vehículos empleados para el transporte (un fallo mecánico del camión no es caso fortuito, art. 48 LCTTM; véase STS de 14 de junio de 2011). En la mayoría de los supuestos no es posible determinar, de forma apriorística, qué circunstancias son o no imputables al porteador. Por ejemplo, el robo de la mercancía será negligencia suya si dejó el camión abierto en una vía peligrosa, pero posiblemente no lo será si lo dejó cerrado en el aparcamiento acondicionado de un hotel; etc. (véanse SSTS de 20 de diciembre de 1985 y 10 de julio de 2015). Un incendio del vehículo, originado por causas desconocidas, se considera caso fortuito en las SSTS de 6 de abril de 1998 o 17 de noviembre de 1997. A menudo, la carga debe viajar en cámaras frigoríficas con la temperatura adecuada y la falta de frío adecuado se considera imputable al porteador (véase STS de 31 de julio de 1996, que condenó tanto a la empresa que introdujo la carga en contenedores no adecuados como al porteador que no comprobó la temperatura ni observó las señales externas de que los contenedores no eran adecuados).

El **importe de la indemnización** por averías será la pérdida de valor que experimenten las mercancías; cuando la pérdida de las mercancías es total (porque se han destruido todas, o porque las que quedan no puedan ser usadas sin las no entregadas, art. 54 LCTTM), será el valor de mercado de las mercancías (art. 55 LCTTM). El importe de la indemnización en caso de retraso será el perjuicio que se pruebe que ha ocasionado dicho retraso (art. 56 LCTTM). Debido al rigor de este régimen, tradicionalmente la responsabilidad del porteador (terrestre, marítimo y aéreo) se beneficia de una serie de **limitaciones**, de forma que si responde lo hace con un límite cuantitativo. En nuestro caso, el límite es (art. 57 LCTTM): para los supuestos de avería, un tercio del indicador público de renta de efectos múltiples/día por kilo de peso bruto de mercancía perdida o averiada (o sea, para el año 2016, 5,976 euros por kilo de mercancía); para los supuestos de retraso, el precio del transporte. El límite no opera si la avería o retraso fue por dolo del porteador o por una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido (art. 62 LCTTM). Cargador y porteador pueden acordar que en casos de avería o retraso se pague una cantidad superior

a ese límite, pero eso supondrá un incremento del precio del transporte (art. 61 LCTTM). De hecho, es muy común que el cargador, cuando la mercancía es muy valiosa, contrate un seguro específico que cubra el valor real del bien.

Ejemplos

La interesante STS de 9 de julio de 2015 recoge un supuesto en el que se discutía si la actuación de los subtransportistas era calificable como «infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido», en cuyo caso no operaba la limitación de responsabilidad (limitación que había aplicado la Audiencia Provincial). El Tribunal Supremo consideró que no podía limitarse la responsabilidad pues hubo culpa grave al no operar de forma adecuada con un material frágil, habiéndose indicado tal condición de frágil con el símbolo internacional propio. Y no obstaba a ello, razona el alto Tribunal, que se hubiera contratado como carga fraccionada y que no se hubiera prohibido el subtransporte. La STS de 10 de julio de 2015 no limita la responsabilidad, en un supuesto de robo, al porteador que había estacionado en lugar peligroso, accesible y no vigilado, con débil protección de la mercancía en un remolque cubierto por una lona y ausencia de vigilancia por el conductor.

El porteador debe poner el **vehículo idóneo** para el transporte en el lugar y tiempo pactados. La **carga y descarga**, así como la **estiba y desestiba**, corresponden en principio, respectivamente, al cargador y al destinatario; pero estas operaciones pueden asumirse por el porteador (art. 20 LCTTM; a menudo es él quien realiza la estiba y desestiba, esto es, la colocación de la carga dentro de la «caja» del remolque). El correcto acondicionamiento de la carga (bultos identificados, embalajes adecuados, etc.) corresponde al cargador (art. 21 LCTTM).

El pago del precio, llamado **porte**, corresponderá al cargador, si la mercancía viaja «a portes pagados»; o al destinatario, si viaja «a portes debidos». Sin embargo, en este segundo caso el cargador es responsable subsidiario si no paga el destinatario (art. 37 LCTTM). Si la mercancía viaja a portes pagados o debidos es algo que acuerdan cargador y porteador al realizar el transporte. El precio inicialmente fijado podrá ser variado, en ciertos casos, si el precio del gasóleo hubiese aumentado entre el día de celebración del contrato y el momento de realizarse el transporte, salvo que otra cosa se hubiese pactado expresamente por escrito (art. 38 LCTTM). Además, si llegadas las mercancías el destinatario no paga, el porteador puede, en un plazo de diez días, depositarlas y pedir la venta de la mercancía suficiente para obtener el precio (art. 40 LCTTM). De esta forma se facilita su derecho de cobro.

El cargador tiene el llamado «**derecho de disposición**», que consiste en que puede ordenar al porteador que detenga el transporte, que devuelva la mercancía a su origen o que la entregue en lugar o a destinatario distinto de los de la carta de porte. En tales casos, debe indemnizarse al porteador los gastos y daños que se ocasionen; y no puede dividirse el envío (arts. 29 y 30 LCTTM). El porteador tiene el **derecho/deber de vender la mercancía** que se encuentre en peligro de deterioro en ciertos supuestos: durante el transporte, cuando exista riesgo de pérdida de la mercancía (art. 32.2 LCTTM), o si el destinatario no acepta la mercancía cuando llega a destino y existe ese riesgo de pérdida (art. 36 LCTTM).

Como regla general, las acciones derivadas del contrato prescriben en el plazo de un año (art. 79 LCTTM).

4. Especial consideración de la contratación en los mercados de valores

4.1. La regulación de los mercados de valores

4.1.1. El mercado financiero y el mercado de valores

Se denomina **mercado financiero** aquel en el que empresas y consumidores obtienen financiación, comerciándose en él no bienes físicos (propios de los «mercados de bienes reales») sino dinero (que es un «bien fiduciario» o «financiero»). Se trata del mercado en el que se relacionan y ponen de acuerdo las empresas y consumidores que precisan de financiación (normalmente denominados **sujetos deficitarios**), y los sujetos que pueden ahorrar y destinan su ahorro a la inversión (ahorradores/inversores o **sujetos excedentarios**). Esa relación puede producirse de dos maneras, lo cual da lugar a dos tipos de mercados distintos:

- En el **mercado de crédito** los ahorradores/inversores entregan su dinero a los intermediarios financieros (entidades de crédito) normalmente mediante contratos de «depósito», y el intermediario a su vez financia a los sujetos deficitarios (empresarios o consumidores) mediante créditos, préstamos, tarjetas bancarias, descuento, etc. El intermediario celebra dos contratos independientes: con el ahorrador/inversor, de depósito, y con los sujetos deficitarios, de crédito o préstamo. **Ahorrador y sujeto financiado no se ponen en contacto**, y quien responde frente a cada uno de ellos de las obligaciones del contrato celebrado es la entidad de crédito.
- En el **mercado de valores**, en cambio, el empresario que precisa financiación emite valores (títulos-valor de pago o de participación social) que son suscritos por el ahorrador/inversor. En este mercado **los intermediarios financieros no contratan personalmente con las partes, solo las ponen en contacto**. Es el ahorrador/inversor que suscribe el título quien adquiere derechos frente al emisor y viceversa, sin que el intermediario se interponga en esa relación. A su vez, para que el suscriptor del valor pueda deshacerse fácilmente de él sin tener que esperar a su vencimiento (para que pueda «liquidar» su inversión), se crean mercados en los que se pueden vender y comprar los valores ya suscritos (el más conocido de ellos es el mercado bursátil).

Como se aprecia, las dos formas de financiación (pidiendo crédito, emitiendo valores) son completamente distintas, y las obligaciones del sujeto financiado también diferentes. Normalmente, el interés a pagar será menor en uno u otro

mercado, pero también el tipo de obligaciones asumidas o las condiciones y plazos de pago, y no todas las empresas pueden acceder a ambos mercados con facilidad (solo una gran empresa muy solvente encontrará suscriptores de sus valores, fiados de su solvencia).

Volviendo a la financiación de la empresa mediante la **emisión de valores**, estos pueden suponer una cuota del capital (**acciones** de la sociedad anónima), de forma que el inversor se convierte en socio y adquiere los derechos propios de esa condición, pero también podrá en otro momento vender sus acciones para así volver a obtener liquidez. En este caso, la emisión de valores-acciones (bien al momento de la fundación de la sociedad anónima, bien mediante un aumento de capital) supone una financiación mediante recursos propios. De otra parte, los valores emitidos pueden suponer simplemente un préstamo (emisión de **obligaciones**, arts. 401 y sigs. LSC), de forma que el inversor que los suscribe entrega un dinero y obtiene un derecho a la restitución y a un interés. En tales casos, el inversor es un simple prestamista, no un socio (no tiene derecho de voto, de información, etc.), y el dinero que entrega es una financiación mediante recursos ajenos. En cualquiera de estos supuestos se obtiene financiación, pero con unas consecuencias (en cuanto a la devolución, a los derechos de los inversores, etc.) completamente distintas, tanto para la empresa emisora como para los financiadores/inversores. A estos mercados en los cuales se emiten valores para obtener la financiación («mercados de valores») y en donde se cruza la oferta (de títulos) y la demanda (de los inversores), se dedica este epígrafe, que debe así entenderse comprendido dentro del entramado de la obtención de financiación por las empresas.

Para facilitar e incentivar la suscripción de estas emisiones, el derecho positivo establece todo un **sistema de reglas e instituciones** que: permiten la emisión masiva de títulos; otorgan información en cuanto a los emisores (pues no cabe una negociación individualizada con cada uno de ellos); confieren seguridad o credibilidad en cuanto al cumplimiento de las obligaciones, y facilitan la liquidez de la inversión (esto es, la posibilidad de vender los títulos suscritos con el fin de lograr liquidez, obtener una ganancia o poder realizar una nueva inversión). Algunas de estas reglas obedecen a la necesidad de que exista transparencia e información en el mercado (fundamentalmente, todas las referidas a la información sobre emisores y sobre valores, la llamada *disclosure*), pero otras obedecen a un sistema regulatorio e intervencionista que desconfía de la libertad de las partes e impone unas soluciones organizativas que no siempre están justificadas.

4.1.2. Regulación legal y principios del régimen normativo

La **Ley de mercado de valores** de 1988 (en adelante, LMV) supuso el principio de la modernización de esta materia en el derecho mercantil español, que hasta entonces designaba este tipo de cuestiones con un término bien elocuente: «derecho bursátil». Hasta entonces no existía una normativa general sobre el concepto, clases, objeto y sujetos de los mercados de valores, sino únicamente

normativa sectorial relativa a las bolsas de valores (fundamentalmente el Reglamento de bolsas, de 30 de junio de 1967). La LMV supuso la modernización de este sector del ordenamiento, estableciendo claramente el objeto de la negociación (los «valores negociables»), las dos clases básicas de mercados de valores (primarios y secundarios), los requisitos para actuar como intermediario, las normas de actuación, etc. Un marco general completamente desconocido hasta entonces desde el punto de vista normativo. Este marco normativo no es de diseño libre, sino que sigue en la mayoría de los casos criterios recogidos en las **directivas comunitarias**. La existencia de un «mercado común» exige una armonización de las reglas de los mercados de valores de cada uno de los países miembros de la Unión. La mayoría de las instituciones fundamentales de estos mercados está regulada por una directiva (como los folletos de emisión, las OPA, el estudio de la idoneidad de los inversores, etc.), de forma que la LMV ha sido reformada en numerosas ocasiones para adecuarse o transponer dichas directivas. Estas reformas, y otras menores (la última, operada por la LOSSEC), han cristalizado finalmente en el **Texto refundido de la Ley de mercado de valores**, aprobado por Decreto legislativo 4/2015, de 23 de octubre (que ya ha sido reformado en varias ocasiones, siendo las últimas por los Reales decretos ley 14/2018, de 28 de septiembre, 19/2018, de 23 de noviembre, y 22/2018, de 14 de diciembre).

Esta norma legal ha sido objeto de un muy intenso **desarrollo reglamentario**, mediante infinidad de decretos y de normas de inferior rango normativo, especialmente circulares de la CNMV. Todo ello hace que el conjunto normativo resulte excesivamente complejo y prolijo. No hay que olvidar, además, que también las comunidades autónomas tienen ciertas competencias para regular los mercados de valores creados en su territorio.

La LMV creó la **Comisión Nacional del Mercado de Valores**, un organismo público pero con autonomía de actuación y no sujeción a los criterios de la Administración pública, que supervisa y controla la actuación en todos los mercados de valores. Básicamente, las funciones que ejerce la Comisión son las siguientes:

- Supervisión e inspección de los mercados de valores y de la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en el tráfico de los mismos.
- Ejercicio de la potestad sancionadora (incoa e instruye los expedientes por infracción de las normas de actuación, y además impone las sanciones).
- Ejercicio de la potestad reglamentaria, a través de un gran número de circulares obligatorias para los actuantes en el mercado.
- Facultades de asesoramiento e información (art. 17 LMV).

En varias ocasiones se han planteado demandas contra la CNMV por parte de inversores que han tenido pérdidas por conductas fraudulentas de intermediarios financieros, y consideran que parte de la culpa ha sido de la CNMV por no haber detectado antes las irregularidades en la actuación de tales intermediarios. Véanse SSTs (Cont.-Adm.) de 16 de mayo de 2008, 27 de enero de 2009, y 6 de febrero de 2012 (estas dos últimas, relativas al «caso Gescartera»).

Resulta conveniente exponer, aunque sea someramente, algunos de los principios generales que vertebran esta parte del ordenamiento.

- **Principio de libertad de mercado.** En consonancia con lo dispuesto en el artículo 38 CE, y como regla derivada de la existencia de un «mercado», la contratación de valores se desarrolla con sujeción a las reglas de libertad de mercado: formación de precios mediante concurrencia de oferta y demanda de particulares; libertad de acceso para los emisores, inversores e intermediarios (esto es, concesión reglada de la autorización para emitir valores o para ser intermediario, cumpliendo los requisitos lógicos y proporcionales prefijados); etc.
- **Principio de información al inversor y de transparencia del mercado** (la llamada *disclosure*). La Ley establece toda una serie de reglas que obligan a dar información acerca, fundamentalmente, de los emisores de valores y de las operaciones del mercado, para que cualquier inversor pueda conocer las características de los títulos que planea adquirir y la situación económica de la sociedad a la que pertenecen (véase el apartado «Sujetos que operan en el mercado: emisores, inversores e intermediarios»).
- **Principio de igualdad de los inversores.** Relacionado también con los anteriores, implica que todos los inversores estén en igualdad de condiciones para realizar su inversión. Es lo que justifica, por ejemplo, la regulación de las OPA, que permite a todos los accionistas afectados por la oferta aceptar esta o rechazarla (véase el subapartado «Ofertas públicas de adquisición»); o la prohibición de actuación conforme a información privilegiada, que supondría favorecer al *insider* frente a la inmensa mayoría de inversores que no conocen los datos que no son públicos (véase el subapartado «Normas de conducta»).
- **Principio de protección al inversor.** A diferencia de los principios anteriores, la protección del inversor es un criterio de política legislativa que no deriva de una necesidad del mercado o del sistema, sino de una opción del legislador por proteger especialmente a una de las partes de la contratación y, sobre todo, al cliente minorista (véase el apartado «Sujetos que operan en el mercado: emisores, inversores e intermediarios»).

4.1.3. Normas de conducta

La LMV contiene todo un título VII relativo a las «Normas de conducta» para los operadores en el mercado (arts. 202 a 232 LMV). Se trata de una serie de reglas que en realidad no son sino un precipitado de normas de actuación ya formuladas en preceptos jurídicos generales (por ejemplo, los mandatos de los artículos 208 y 209 LMV se podrían deducir de los artículos 1718 CC y 260 y sigs. CCom; y en general todos ellos son conductas contrarias a la buena fe, algo ya sancionado en el artículo 7.1 CC).

Distintas de este grupo de normas son las relativas a la protección de los inversores, que se enmarcan en una perspectiva distinta a la hasta ahora explicada (véase el apartado «Sujetos que operan en el mercado: emisores, inversores e intermediarios»).

En esta materia existe un Reglamento comunitario de abuso de mercado, 596/2014, de 16 de abril de 2014, que establece las normas específicas. La norma española que regulaba esta cuestión, el RD 1333/2005, que no podía prevalecer sobre dicho Reglamento comunitario, ha sido derogada por el RD 1464/2018. Cabe destacar que, además de las normas legales, las propias entidades que actúan en estos mercados pueden dictar sus propios códigos de conducta, en los que desarrollen o concreten estos deberes formulados en la LMV. Así se prevé expresamente en el artículo 202.1.b) LMV.

Cabe sistematizar las normas de conducta agrupándolas en función del destinatario de las mismas:

- Normas dirigidas a las empresas de servicios de inversión, entidades de crédito y demás personas o entidades que actúen en el mercado de valores, recibiendo o ejecutando órdenes o asesorando sobre inversiones en valores (arts. 225 y sigs. LMV). Aquí se incluyen fundamentalmente **reglas de diligencia contractual** en el desarrollo de la labor de estas entidades como mandatarias o asesoras de los inversores, y otras reglas independientes de tal relación de servicios; así, especialmente, la prohibición de realizar prácticas que tengan por objeto o produzcan el efecto de provocar una evolución artificial de las cotizaciones (art. 231 LMV). Por último, el artículo 229 LMV formula respecto de estas entidades, en su apartado primero, el deber de establecer las llamadas «**murallas chinas**»: «Establecer las medidas necesarias para impedir el flujo de información privilegiada entre sus distintas áreas de actividad, de forma que se garantice que cada una de estas tome de manera autónoma sus decisiones referentes al ámbito de los mercados de valores y, asimismo, se eviten conflictos de interés».
- Normas dirigidas a los emisores de valores. Se trata de comunicar a la CNMV la **información relevante**, para que esta la difunda al mercado (art. 228.1 LMV); y de mantener **en secreto** la información cuando se esté en fase de estudio o negociación de cualquier tipo de operación jurídica o

Nota

Entre las resoluciones judiciales que sancionan por esta razón, véanse las SSTs (Cont.-Adm.) de 11 de octubre de 2006 y 27 de septiembre de 2011.

financiera que pueda influir de manera apreciable en la cotización de los valores o instrumentos financieros afectados (art. 230 LMV).

- Normas dirigidas a todas las personas que actúen o se relacionen en el mercado de valores. Aquí podemos, en primer lugar, encuadrar las reglas contenidas en los artículos 226 y 227 TRLMV, que recogen la comúnmente denominada **prohibición de *insider trading*** o del **abuso de información privilegiada**. Se considera «información privilegiada» la relativa a valores o instrumentos financieros, o a emisores de los mismos, «que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiera influido de manera apreciable sobre su cotización en un mercado o sistema organizado de contratación». El que conozca tal información (esto es, el *insider* que tiene acceso a la misma por alguna razón concreta) no puede realizar ningún tipo de operación sobre esos valores, ni comunicar dicha información a terceros, ni recomendar operaciones relacionadas con esos valores o emisores. En realidad, el «abuso» consiste en el simple «uso» de esa información, puesto que el *insider* que la conoce se encuentra en una posición de privilegio respecto del resto de los inversores. En segundo lugar, conforme al artículo 231 TRLMV, toda persona o entidad que actúe en el mercado debe abstenerse de preparar o realizar prácticas que **falseen la libre formación de los precios** (por ejemplo, proporcionar indicios falsos o engañosos, asegurar o concertar el precio de uno o varios instrumentos financieros en un nivel anormal o artificial, difundir información falsa o engañosa, etc.).

En los artículos 233 y siguientes TRLMV se establece todo el **régimen de supervisión, inspección y sanción**, para poder castigar las prácticas contrarias a las reglas señaladas. La imposición de sanciones corresponderá a la CNMV, que dará cuenta razonada al ministro de Economía y Competitividad de la imposición de sanciones por infracciones muy graves y, en todo caso, le remitirá con periodicidad trimestral la información esencial sobre los procedimientos en tramitación y las resoluciones adoptadas (art. 273.1 TRLMV). Esta posible responsabilidad administrativa no excluye que el intermediario o el sujeto infractor responda por otras vías (civil, penal, etc.).

4.2. Objeto de la contratación: los instrumentos financieros y los valores negociables

El propio título de la Ley reguladora de estos mercados «de valores» exige delimitar qué se considera como «valor» a estos efectos. La Ley, sin embargo, no coloca como centro del ámbito de regulación a los valores, sino a los «instrumentos financieros» (art. 2 LMV), dentro de los cuales los «valores negociables» son una especie. Por **valor negociable** se entiende «cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero» [letra a) del anexo LMV]. Lo relevante es, pues, el contenido patrimonial y la susceptibilidad de tráfico

Nota

Por supuesto, no constituyen valores negociables las participaciones de sociedades de responsabilidad limitada, que no pueden incorporarse a valores y se caracterizan por las restricciones a la transmisión (art. 107 LSC).

generalizado e impersonal. Además, la Ley limita su aplicación a los valores negociables «**agrupados en emisiones**». El ejemplo típico de valor negociable estudiado en esta materia son las acciones y las obligaciones, pero existen muchos más (véase anexo LMV). Debe destacarse que los valores negociables podrán representarse por medio de anotaciones en cuenta o de títulos, y que hoy en día la inmensa mayoría opta por la primera de estas modalidades. La regulación reglamentaria de las anotaciones en cuenta se ha realizado recientemente por el RD 878/2015, que deroga el régimen reglamentario anterior.

Junto con los valores negociables, la Ley se aplica también a ciertos «**instrumentos financieros**». No se define qué se conceptúa como tal, pero el listado incluye opciones, futuros, permutas y otros contratos derivados sobre valores o materias primas y los instrumentos financieros derivados para la transferencia del riesgo de crédito [véanse letras b) a k) del anexo LMV], tratándose por ello de derivados financieros que en sí son acuerdos sobre valores o sobre materias primas, pero que normalmente no se incorporan ni se ligan a un documento físico ni a una anotación en cuenta.

Dada la imprecisión del concepto, los afectados por el caso de contratos sobre valores filatélicos argumentaron que tales valores eran también un «instrumento financiero» y que las entidades que se dedicaban a su venta y recompra debían haber sido fiscalizadas por la CNMV. La STS (Cont.-Adm.) de 2 de enero de 2012 rechazó esta asimilación.

Como una muestra del nivel de complejidad al que llegan los negocios financieros, cabe hacer una somera referencia a los llamados «**derivados financieros**», que son también operaciones de mercados de valores e «instrumentos financieros» que incluso pueden ser contratados, en algunas de sus modalidades, en un mercado secundario oficial existente en España. En el «futuro financiero» las partes pactan desde ahora una compraventa de una cierta cantidad de bienes o de índices financieros, prefijando la cantidad, el precio y el momento de ejecución. Así, ambas partes se aseguran un precio con independencia de cuál sea el del mercado en el momento de ejecución. En la «opción financiera», el comprador de la opción paga una prima, y a cambio de eso obtiene el derecho a comprar (*call*) o a vender (*put*) una determinada mercancía o un instrumento financiero, en una cantidad prefijada y a un precio determinado, en un momento futuro. De esta forma, el comprador decidirá, en ese momento futuro y en función de cómo esté el precio del mercado, si ejercita la opción (la de compra, si el precio de mercado es más caro que el pactado en la opción, la de venta, si el precio de mercado es más barato).

Partiendo del supuesto del futuro financiero, por ejemplo, una compañía aérea puede fijar en el mercado de futuros sobre petróleo que comprará X miles de barriles de petróleo a un precio Y en enero de 2018. De esta forma, logra desde ahora un precio fijo, y calcula ya sus costes y sus precios de billete para ese año. Aunque el petróleo esté muy caro, obtendrá esos X miles de barriles el precio fijado. Lo malo es que si el petróleo baja de precio, pagará más caro un petróleo cuyo precio de mercado es barato. Pero ella prefiere la seguridad de conocer desde ahora el precio que va a pagar.

En ambos casos, futuro y opción financiera, al «liquidar» el contrato no se compra efectivamente petróleo, o el bien fijado, sino que se realiza una «liquidación por diferencias»: el contratante que tuviera que pagar un valor mayor (entregando un bien, o pagando un precio) satisface la «diferencia» a la otra parte.

4.3. Sujetos que operan en el mercado: emisores, inversores e intermediarios

Por «emisor» de valores entiende el Reglamento (UE) 596/2014 a «una entidad jurídica de Derecho privado o público que emite o propone emitir instrumentos financieros, siendo el emisor, en el caso de los certificados de depósito representativos de instrumentos financieros, el emisor del instrumento financiero representado» (art. 3.1.21).

El hecho de ser «emisor» convierte a este sujeto en integrante del mercado sometido a su normativa general; pero, además, le confiere un **estatuto específico** en ciertos aspectos. En efecto, como acabamos de ver, las «Normas de conducta» de la LMV se aplican a todos los sujetos actuantes, y también, expresamente, a los «emisores» (véase art. 225 LMV). Pero existen, además, normas específicas dirigidas exclusivamente a los emisores, como la obligación de difundir al mercado toda información relevante (*disclosure*, art. 228.2 LMV), o la confidencialidad en la fase de preparación de cualquier operación que pueda influir en el mercado (art. 230 LMV). Por otro lado, si realizan ofertas públicas de emisión de títulos deben, en la mayoría de los casos, hacer público un folleto informativo y sujetarse a una serie de obligaciones. Especial relevancia alcanza el estatuto específico de las «sociedades cotizadas», de las anónimas que solicitan y logran la cotización de sus acciones en el mercado bursátil. Por lo tanto, podríamos decir que el emisor de valores tiene un estatuto jurídico propio.

En esta materia, véase el RD 1362/2007, de 19 de octubre, que desarrolla la LMV en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea.

La contraparte del emisor es el **inversor**, el adquirente de valores. A diferencia del emisor, al que se le imponen una serie de obligaciones, el inversor es más bien objeto de protección, porque se parte en buena medida de que está en una situación de inferioridad y también porque solo si se le defiende se arriesgará a invertir. El inversor es también un sujeto del mercado de valores, y como tal está sometido a las normas de conducta generales (arts. 225 y sigs. LMV).

Es claro que el inversor no siempre es un «consumidor» –art. 1.2 LGDCU; véase el apartado «La intervención del “consumidor” y, en particular, el régimen de las cláusulas abusivas (remisión)»– y, por lo tanto, esta normativa específica del mercado de valores es independiente de su condición subjetiva. Cuando el inversor sea consumidor, a las normas protectoras del mercado de valores se añadirán las propias de la defensa del consumidor. Tampoco debe olvidarse que en un gran número de supuestos resultará aplicable la Ley de condiciones generales de la contratación, pues es común que los contratos se realicen mediante formularios predispuestos e impuestos por una de las partes (véase el apartado «Especial incidencia de la contratación mediante condiciones generales (remisión)»).

La reforma operada en 2007 ha introducido en nuestro derecho la distinción (exigida por el derecho comunitario en el llamado paquete de normativa MiFID) entre **el cliente profesional** y **el minorista** (arts. 204 y 205 LMV). Básicamente, clientes profesionales son las entidades financieras, ciertas entidades públicas, los empresarios con un volumen de negocios relevante y los inversores institucionales (como las instituciones de inversión colectiva). Cliente minorista es el que no sea profesional. La protección al cliente minorista es superior (por ejemplo, el cliente profesional no se beneficia del Fondo de Garantía de Inversiones, art. 201.4.b) LMV). Pero, además, una parte importante de la reforma es la que obliga a las entidades que realizan servicios de inversión a «**conocer al cliente**», a informarse sobre sus conocimientos en materia financiera y clasificarle según tales conocimientos y el nivel de riesgo que quiera asumir, para así ofrecerle productos adecuados a su perfil. Esto de hecho se realiza sometiéndole a un test, para comprobar tales conocimientos.

Concretamente, el cliente que pida un servicio de asesoramiento en materia de inversión o de gestión discrecional de carteras deberá someterse a un «**test de idoneidad**» para que la entidad aprecie cuáles son sus conocimientos y determine su perfil inversor (conservador, arriesgado, etc.) para poder gestionar o asesorar de acuerdo a dicho perfil. Si el cliente se niega a someterse, la entidad no puede ofrecerle el servicio. Cuando se solicite otro servicio de inversión o auxiliar, se someterá al cliente a un «**test de conveniencia**» para evaluar sus conocimientos y si puede comprender los riesgos aparejados al producto que solicita; si la entidad considera que el producto no es adecuado a tales conocimientos lo comunicará al cliente, quien sin embargo puede, pese a ello, contratarlo (haciendo constar que se le ha advertido de los riesgos y que los acepta) (véanse arts. 209 a 217 LMV). El incumplimiento de estas obligaciones supone una infracción administrativa sancionable, pero además la STS de 20 de enero de 2014 ha considerado que, desde la perspectiva civil, «la ausencia del test no determina de por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo».

Como se acaba de señalar, la STS de 20 de enero de 2014 ha determinado que en estos casos «la ausencia del test no determina de por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo», y también hace presumir la excusabilidad del error. El Tribunal presume que ha existido error en el contratante, por no habersele informado adecuadamente del riesgo asumido al contratar el producto. Normalmente, cuando los inversores eran personas con conocimientos financieros, la jurisprudencia considera que no ha habido error al contratar productos financieros que luego han resultado con pérdidas (véanse SSTs de 18 de abril de 2013 –número 243/2013– o de 20 de febrero de 2014); en cambio, si no tenían tales conocimientos, se ha optado por considerar que existió error en la contratación (SSTs de 18 de abril de 2013 –número 244/2013–, 22 de octubre de 2015, o 30 de octubre de 2015, entre otras muchas).

En esta materia de protección del inversor debe destacarse la institución del **Fondo de Garantía de Inversiones (FOGAIN)**, que garantiza al inversor que ha entregado fondos a una empresa de servicios de inversión la recuperación de tales fondos, hasta un límite, en caso de concurso o intervención adminis-

trativa de ese intermediario (arts. 198 y sigs. LMV). El Fondo no cubre, lógicamente, las pérdidas que pueda sufrir un inversor a consecuencia de su inversión.

El reglamento de desarrollo del FOGAIN es el RD 948/2001, de 3 de agosto, por el que se regulan los sistemas de indemnización de los inversores. En caso de concurso o intervención administrativa de una entidad adherida al Fondo, los inversores que no puedan obtener el reembolso del dinero o de los valores entregados a la entidad podrán pedir tal reembolso al Fondo, con una serie de límites: entre ellos, un máximo de 100.000 euros por inversor –véase reforma introducida por el RD 628/2010–, y con exclusión de los inversores de carácter profesional, institucionales y los especialmente vinculados a la empresa concursada. Véase <https://www.fogain.com/>.

Para operar como intermediarios entre emisor e inversor, la LMV crea la categoría general de «**empresas de servicios de inversión**» (en adelante ESI), señalando cuáles son los servicios de inversión y, a continuación, qué empresas de servicios de inversión se pueden crear y qué servicios puede desempeñar cada una de ellas. El artículo 140 LMV establece cuáles se consideran «**servicios de inversión**»:

- La recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros.
- La ejecución de dichas órdenes por cuenta de terceros.
- La negociación por cuenta propia.
- La gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los inversores.
- La mediación, por cuenta directa o indirecta del emisor, en la colocación de las emisiones y ofertas públicas de ventas.
- El aseguramiento de la suscripción de emisiones y ofertas públicas de venta.

A su vez, el artículo 141 LMV enumera los «servicios auxiliares» a los señalados servicios de inversión.

Pues bien, partiendo de este elenco de «servicios de inversión» y de «servicios auxiliares», los intermediarios se clasifican o definen según los cometidos que pueden llevar a cabo de entre todos ellos. La Ley, y su desarrollo reglamentario, establecen los requisitos de autorización de cada una de estas ESI y los que deben cumplir (por ejemplo, en cuanto a solvencia) durante toda su existencia.

- Las **sociedades de valores** son los intermediarios con facultades más amplias: pueden actuar por cuenta propia o ajena y desarrollar cualquier servicio de inversión y actividad complementaria (art. 143.2 LMV).
- Las **agencias de valores**, en cambio, solo pueden actuar por cuenta ajena (esto es, por orden de un comitente) y además no pueden llevar a cabo todos los servicios y actividades complementarias; concretamente, no pueden negociar por cuenta propia, asegurar la suscripción de emisiones y ofertas públicas de venta, ni conceder créditos o préstamos a inversores (art. 143.3 LMV).

Nota

En esta materia, véase el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.

- Las **sociedades gestoras de carteras** únicamente pueden realizar: gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los clientes; asesoramiento en materia de inversión, y asesoramiento a empresas y elaboración de informes de inversiones y análisis financieros (art. 143.4 LMV).
- Las **empresas de asesoramiento financiero** pueden asesorar en materia de inversión, asesorar a empresas sobre estructura de capital y estrategia industrial, y elaborar informes de inversión y análisis financieros (art. 143.5 LMV).

Junto con esta categoría de empresas de servicios de inversión, otra de las novedades en esta materia de la reforma de 1998 fue el permitir que «las entidades de crédito, aunque no sean empresas de servicios de inversión según esta Ley, podrán realizar habitualmente todos los servicios previstos en los artículos 140 y 141, siempre que su régimen jurídico, sus estatutos y su autorización específica les habiliten para ello» (art. 145 LMV). Por último, se aplica el principio comúnmente denominado «**pasaporte comunitario**», que consiste en que cualquier empresa de servicios de inversión autorizada en Estado miembro de la Unión Europea podrá realizar en España, bien mediante la apertura de una sucursal, bien en régimen de libre prestación de servicios, servicios de inversión y servicios auxiliares (art. 168 LMV). Precisamente por esta regla de libre prestación de servicios de las empresas de servicios de inversión comunitarias, es por lo que existen unos criterios o requisitos mínimos uniformes en todos los países de la Unión.

4.4. Operaciones en el mercado primario: emisión de valores

El **mercado primario** es aquel en el que se emiten valores negociables, que son suscritos de forma originaria por los inversores. Se trata del momento de «nacimiento» de dichos valores, por medio de su «emisión» y subsiguiente «suscripción» (aumento de capital, emisión de obligaciones, etc.). No es un mercado «físico», sino una forma de denominar a la forma de operar la oferta y la demanda de títulos. A partir de ahí, cualquier transmisión ya supone una segunda o sucesiva adquisición y se integra en un mercado secundario (organizado o no). En el mercado primario el principal contrato o negocio es, lógicamente, el de **emisión-suscripción**, que normalmente se realiza mediante una «oferta pública de suscripción de valores» (OPS). Junto con él, también cobran protagonismo una serie de contratos «auxiliares» de la emisión, como son los de dirección, colocación o aseguramiento de la emisión. El desarrollo reglamentario en esta materia ha venido dado, básicamente, por el RD 1310/2005.

La **emisión de valores no requerirá autorización administrativa previa** (art. 33 LMV), pero debe cumplir una serie de requisitos cuando tal emisión se realiza mediante una «**oferta pública de suscripción**» de valores, que es el supuesto más común. Como tal oferta pública, el artículo 35.1 LMV considera «toda comunicación a personas en cualquier forma o por cualquier medio que

presente información suficiente sobre los términos de la oferta y de los valores que se ofrecen, de modo que permita a un inversor decidir la adquisición o suscripción de esos valores». La oferta pública de suscripción exige la publicación de un **folleto**, que es la parte fundamental de la regulación de estas figuras.

En ciertos casos, aunque la emisión se realice al público no se califica como OPS, ni hay que hacer un folleto. Por ejemplo, si los títulos son de valor nominal igual o superior a 50.000 euros. Se entiende que son títulos destinados a inversores de unos ciertos conocimientos financieros y poder económico. La LMV se reformó para incluir que en estos casos, si la emisión se realiza con publicidad, la contratación de estos valores se debe hacer a través de ESI (esto surgió a raíz del anuncio publicitario de emisión de una oferta de pagarés cuyo valor nominal era de 50.000 euros y que, por lo tanto, no se realizó como OPS ni se depositó folleto informativo. Esos pagarés finalmente no fueron reembolsados por el emisor).

En estas **ofertas públicas** se exige cumplir todos los requisitos propios de la admisión a negociación de valores en mercados regulados, con las adaptaciones y excepciones que reglamentariamente se determinen. De acuerdo con el desarrollo reglamentario, se requiere la aportación de tres grupos de documentos: los que acrediten la sujeción del emisor y de los valores al régimen jurídico que les sea aplicable; los estados financieros del emisor preparados y auditados de acuerdo con la legislación aplicable a dicho emisor; y la elaboración, autorización por la CNMV y publicación de un **folleto informativo** (arts. 33 a 35 LMV y 38 a 40 RD 1310/2005).

Nota

Los modelos de folleto están aprobados por la OM EHA/3537/2005, de 10 de noviembre.

La importancia del folleto informativo

El folleto informativo es crucial, pues supone una serie de aseveraciones acerca de la empresa emisora que el inversor tomará en consideración para decidir si suscribe los valores. Prueba de esta importancia es que el emisor u oferente no podrá oponer frente al inversor de buena fe hechos que no consten expresamente en el folleto informativo (art. 33.3 RD 1310/2005). Por esta razón, cabe destacar las diferentes responsabilidades que pueden derivarse de la incorrección o falsedad de la información suministrada en la contabilidad, en los informes contables o en el folleto: responsabilidad administrativa (art. 285.2 LMV), responsabilidad penal (art. 190 CP) y, por supuesto, civil (arts. 38 LMV y 32 a 37 RD 1310/2005).

Hay que destacar que, a menudo, a la vez que se plantea, diseña y realiza una emisión de valores, se solicita la **admisión a negociación** de los mismos en un mercado secundario. De esta manera se incentiva la suscripción, pues el inversor sabe que los títulos son fácilmente «liquidables», permitiendo no solo una rápida desinversión, sino estrategias especulativas.

Publicado el folleto, se abrirá el **plazo de suscripción de los valores**. La tramitación, formalización y liquidación de la oferta se realizará en la forma prevista en el folleto. Si las aceptaciones realizadas por los inversores exceden del número de valores ofertados, en el folleto se habrá determinado cuál es el sistema de adjudicación a seguir. Aparte de la regla de un prorrateo por igual entre todos los aceptantes, suelen ser también habituales las de preferencia por la fecha de aceptación (criterio cronológico) o de subasta (adjudicación al mejor postor), o una conjugación de varias de ellas.

Caso Bankia: anulabilidad de la suscripción de acciones por error

La STS de 3 de febrero de 2016 anuló por error la compra que dos particulares habían realizado de acciones de Bankia cuando esta realizó la OPV para salir a Bolsa. Consideró el alto Tribunal que las graves inexactitudes del folleto acerca de la situación patrimonial de Bankia habían ocasionado una falsa representación de la realidad en los adquirentes. Y todo ello con independencia de que esas inexactitudes pudieran tener o no relevancia

penal. A raíz de esta sentencia, Bankia ha organizado un sistema de devolución del importe de las compras a los adquirentes que eran particulares y que deseen tal devolución.

En la práctica, la emisión de valores se realiza por las entidades tras una serie de **estudios previos** y, durante la etapa de suscripción, mediante la **colaboración** con instituciones que buscan inversores y facilitan o, incluso, aseguran la colocación. Estas labores han dado lugar al surgimiento de varios grupos de actividades, de los que cabe destacar los contratos de dirección, de colocación y de aseguramiento de emisiones de valores.

- **Dirección de la emisión de valores:** Supone que la entidad que se propone realizar una emisión encarga a una entidad especializada que realice los estudios y trámites previos necesarios para configurar la emisión.

Como se aprecia, esta labor puede conllevar multitud de actividades diversas: estudios de mercado para conocer qué tipo de valores se demandan; contactos con las instituciones oficiales para conocer los trámites a desarrollar; elaboración y presentación de documentos a los efectos de cumplir los requisitos administrativos de la emisión; etc. Por eso, en cada caso habrá que detallar cuál o cuáles son los cometidos concretos de la entidad directora.

Especial importancia tiene la obligación que se impone a la entidad directora de la emisión: debe hacer constar en el folleto que ha llevado a cabo las **comprobaciones necesarias para contrastar la calidad y suficiencia de la información contenida en el folleto**, y que de acuerdo con ellas considera que no existen circunstancias que contradigan o alteren la información recogida en el folleto, ni este omite hechos o datos significativos que puedan resultar relevantes para el inversor (art. 35 RD 1310/2005). De esta forma, la entidad directora asume una responsabilidad importante, que podría determinar su responsabilidad civil para el caso de que el folleto omitiere datos significativos relevantes. También responden de la veracidad del folleto, obviamente, el emisor y sus administradores (arts. 38 LMV y 33 RD 1310/2005).

- Realizada ya la emisión, normalmente se encarga a entidades especializadas (entidades de crédito, sociedades o agencias de valores) que contacten o busquen a los inversores que puedan suscribir los valores. En eso consiste el contrato de «**colocación de emisiones**». A menudo el «director» de la emisión busca otras entidades y ESI que constituyan el «sindicato de colocación».
- A veces el contrato de colocación incluye una cláusula de «**aseguramiento de la colocación de emisiones**». Consiste en que el propio gestor se compromete a colocar todos los títulos cuya suscripción se le encarga, de forma que si no encontrara terceros suscriptores suficientes, adquiriría él mismo los valores que no pudo colocar (se trata de una comisión de garantía, art. 272 CCom). Aunque conceptualmente es un negocio distinto al de colocación, se suele instrumentar como una cláusula añadida al contrato de colocación. Dentro de las ESI, solo las sociedades de valores pueden realizar este negocio.

Finalmente, es muy común que al realizar una emisión de títulos el emisor contrata a una **entidad de rating** para que realice una calificación del emisor y de los títulos, juzgando acerca de la solvencia de aquel y, en consecuencia, de las posibilidades de cumplimiento de los compromisos adquiridos con esos

títulos. Las entidades de *rating* no «garantizan» ni aseguran que el emisor vaya a cumplir sus compromisos, sino que dan su opinión acerca de su situación financiera a la hora de realizar la emisión.

En esta materia, véase el Reglamento (CE) número 1060/2009, de 16 de junio de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia, y la Ley española 15/2011, de 16 de junio, que modifica determinadas normas para hacer efectivo dicho reglamento comunitario.

4.5. Operaciones en los mercados secundarios

4.5.1. Concepto y clases

Mercados secundarios son aquellos en los cuales se negocia con títulos ya emitidos y suscritos (que, así, se venden por segundas y sucesivas veces). Hay varios **mercados secundarios oficiales** , regulados legalmente (art. 43 LMV):

Para la regulación de los mercados secundarios oficiales de futuros, opciones y otros instrumentos financieros, <http://www.meff.es>.

- Las bolsas de valores.
- El mercado de deuda pública en anotaciones.

En el mercado de deuda pública en anotaciones se venden títulos de deuda pública emitidos por el Estado, pero también por otros organismos públicos si solicitan ser admitidos a cotización (como comunidades autónomas, banco europeo de inversiones, etc.; véase art. 59 LMV). Su organismo rector es el Banco de España. La regulación básica está en los artículos 59 a 63 LMV y en la Circular 2/2007, de 26 enero, del Banco de España sobre el Mercado de Deuda Pública en Anotaciones. Véase <http://www.tesoro.es/>.

- Los mercados de futuros y opciones, cualquiera que sea el tipo de activo subyacente.
- El mercado de renta fija AIAF.
- Cualesquiera otros, de ámbito estatal o autonómico, que se autoricen cumpliendo una serie de requisitos legales.

Aparte de los mercados oficiales, existen otros también regulados legalmente, pero con mayor flexibilidad operativa y no oficiales, como Latinbex o MAB (Mercado Alternativo Bursátil). Actualmente, la sociedad Bolsas y Mercados Españoles (MBE) es el operador de todos los mercados de valores y sistemas financieros en España, siendo sus filiales la mayoría de las sociedades rectoras de los mercados secundarios oficiales y no oficiales. Véase <http://www.bolsasymercados.es/>.

El mercado secundario más relevante a efectos de nuestro estudio, y que puede servir de paradigma del resto, es la **bolsa de valores** . En las bolsas pueden cotizar gran cantidad de valores negociables diferentes, todo tipo de valores y de instrumentos financieros, previa determinación de la CNMV (art. 53 LMV). Las acciones, y los títulos que den derecho a suscribir acciones, solo pueden negociarse en bolsa; pero, además, pueden pedir la admisión otros muchos tipos de títulos. En cualquier caso, la admisión a negociación en la Bolsa (y en cualquier mercado secundario oficial) precisa que se cumplan los requisitos

Nota

El mercado AIAF de renta fija es bastante activo y, como su nombre indica, se limita a títulos de renta fija (obligaciones, pagarés, bonos, etc.). Véase <http://www.aiaf.es/>.

establecidos legal y reglamentariamente, y que el emisor de los valores solicite tal negociación a la CNMV. A ello dedica su regulación el título III LMV, ya tratado en este epígrafe (apartado «Operaciones en el mercado primario: emisión de valores»).

4.5.2. Contrato de comisión bursátil

Antes de tratar el negocio genuinamente bursátil, que es el de compraventa, es preciso abordar el contrato de comisión bursátil, pues cronológicamente es anterior al de compraventa. En efecto, en la inmensa mayoría de los casos el comprador o vendedor de valores precisa, para realizar su negocio en bolsa, **ordenar a un intermediario especializado** que se encargue de esa compra o venta. Los particulares no pueden actuar directamente en el mercado secundario, sino que se precisa la intermediación aludida.

Lógicamente, puede producirse una contratación directa de la compraventa entre dos particulares, sin sujeción a las reglas de los mercados oficiales, pero aun en tal caso deben comunicar la realización de esa operación a un miembro del mercado que, a su vez, la comunicará a los organismos rectores. Es la llamada «toma de razón», en la que el intermediario simplemente toma conocimiento de la operación pero no recibe ni el precio ni los títulos, véase STS de 14 de noviembre de 2011.

El encargo de compra o venta a un miembro del mercado encaja en los moldes de un negocio de mandato o comisión. Pero tiene unas características propias que le otorgan un perfil propio, que hace que podamos hablar de la «**comisión bursátil**» como un tipo de comisión específico y con reglas propias, añadidas a las generales (las cuales, por supuesto, siguen siendo de aplicación):

- **Carácter obligado de la aceptación de la comisión.** Los miembros de la bolsa están obligados a aceptar la orden de compra o venta (art. 71 LMV, que permite subordinar esa aceptación a la acreditación de que el ordenante podrá cumplir sus obligaciones).
- **Actuación del intermediario en nombre propio.** El intermediario bursátil tradicionalmente actúa en nombre propio, aun en el caso de que realice el negocio por cuenta de su cliente. Esto es así porque interesa que los sujetos jurídicamente responsables de las obligaciones propias de la compraventa sean tales intermediarios, cuya existencia, identidad y solvencia están controladas. De esta forma la entrega de los títulos será exigible al miembro que actúe como vendedor, y el pago al miembro que aparezca como comprador. Desde este punto de vista, que actúen por cuenta ajena (como siempre lo hacen las agencias, por ejemplo) es irrelevante para la contraparte, pues el jurídicamente obligado es siempre el miembro del mercado, y no su «cliente».
- **Actuación del intermediario como comisionista de garantía.** Establece el artículo 71.3 LMV que «en las operaciones que realicen por cuenta ajena, los miembros de los mercados secundarios oficiales de valores responderán ante sus comitentes de la entrega de los valores y del pago de su precio».

El comisionista garantiza al comitente el cumplimiento por el tercero, de forma que si este no ejecuta sus obligaciones, lo hará el comisionista con fondos propios y con derecho de repetición frente a la contraparte (sobre la comisión de garantía véase art. 272 CCom). Lo que no garantiza, ni puede garantizar, el comisionista es que va a ejecutar la orden (que va a encontrar contraparte).

- Posibilidad de «**autoentrada**» y de «**aplicación de órdenes**». En principio, el comisionista no puede «autoentrar» en el contrato, esto es, colocarse como contraparte del comitente y comprarle lo que este le manda vender o, viceversa, venderle bienes propios que el cliente ordenó comprar. Tampoco puede «aplicar» órdenes: si un miembro del mercado recibe dos órdenes complementarias no puede casarlas directamente, sino que deberá buscar un precio igual o mejor en el mercado para cada una de ellas; si no encuentra tal precio para ninguna podrá aplicar las órdenes. Esto es así porque en tal caso podría buscar su propio interés en vez del propio del mandante (comprarle los títulos más baratos que el precio que ofrecería un tercero, o venderlos más caros que el precio de mercado). Sin embargo, tradicionalmente esta regla se ha exceptuado en el tráfico bursátil siempre que se cumplan dos requisitos: que se busque a un tercero que ofrezca un precio o condiciones iguales o mejores que las que el intermediario está dispuesto a ofrecer, y no lo haya encontrado; y que el comitente autorice esta autoentrada o aplicación (art. 72 LMV).

Aparte de estas reglas, la normativa de desarrollo del mercado de valores establece unos **deberes específicos de información y documentación de las operaciones**. Como deberes precontractuales se establece la obligación de informar a los posibles futuros clientes acerca del intermediario, de los productos financieros y de los tipos de contratos, y el deber de clasificar al cliente (sobre los test de idoneidad y conveniencia véase el apartado «Sujetos que operan en el mercado: emisores, inversores e intermediarios»). En cuanto a la fase de perfección del contrato, la normativa exige que las órdenes del comitente se archiven; además del archivo de justificantes de órdenes, el intermediario debe llevar un registro de operaciones en el que constarán las órdenes recibidas y la actuación desempeñada en relación con ellas. Por último, se exige siempre la búsqueda del interés del cliente y de realizar la operación en las condiciones más ventajosas para este. En todo caso, el comisionista no está obligado a prestar asesoramiento al inversor acerca de la operación ordenada, salvo que así se pacte expresamente (y, por lo tanto, no responde si luego la inversión produce pérdidas; STS de 18 de abril de 2013).

4.5.3. Contrato de compraventa bursátil

La compraventa bursátil es, hoy por hoy, una operación que **se celebra y ejecuta al contado**. Esto es, los contratantes deben realizar sus obligaciones de entrega de títulos y del precio sin dilación. Sin embargo, dado el inmenso volumen de títulos que se negocian cada día, en la práctica la ejecución material

de las prestaciones (abono del precio y cambio en la titularidad de los valores) se demora tres días (D+3). En cualquier caso, la entrega de los títulos se ha facilitado enormemente gracias a su configuración como «anotaciones en cuenta», de forma que la «entrega» del título se realiza simplemente mediante la modificación de la titularidad en la central de anotaciones.

Es preciso señalar que la ejecución de las operaciones se realiza de una forma muy específica y acomodada precisamente al tipo de contratación bursátil, caracterizado por la intermediación, la concentración en el mercado y los altos volúmenes de contratación. En realidad, no se ejecuta cada operación de forma individualizada entre comprador y vendedor, sino que se realiza una **compensación y liquidación global de todas las operaciones** por parte de cada miembro del mercado, a consecuencia de la cual resultará deudor de ciertos títulos (aquellos de los que haya vendido más de los que ha comprado), acreedor de otros, y deudor o acreedor de dinero (en función de que el importe de todas las ventas realizadas por él sea superior o inferior al importe de todas las compras). Esta materia ha sido reformada por el RD 878/2015, que ha separado como operaciones la compensación y la liquidación, actuando en cada una de ellas entidades diferentes. De esta forma, todo lo que entreguen los miembros de mercado que hayan resultado deudores de títulos y/o dinero irá a parar, definitivamente, a los miembros de mercado que hayan resultado acreedores de títulos y/o dinero. Este sistema de liquidación global, que es de tradicional uso en las bolsas, venía en todo caso impuesto por el derecho comunitario.

Aunque no cabe operar a plazo en las bolsas españolas aún, más o menos el mismo efecto se logra al permitirse que el comprador o el vendedor **soliciten un crédito para ejecutar su operación**. De esta forma, el prestatario puede operar «al descubierto», esto es, sin tener todo el dinero o todos los títulos que, respectivamente, deba pagar (si es comprador) o entregar (si es vendedor). La no autorización de las operaciones a plazo queda así mitigada en sus efectos. Este crédito a los comitentes está regulado en la OM de 25 de marzo de 1991. Con este crédito la operación se cumple al contado, puesto que el acreditado paga o entrega títulos, según su condición, al contado, precisamente con los valores o dinero que le han prestado; pero este acreditado debe, a su vez, restituir dichos valores o dinero al prestamista al vencimiento pactado.

En la lógica del inversor bursátil, suele afirmarse que el inversor que prevea la subida de cotización de un valor adquirirá ahora el mismo solicitando un crédito de dinero, y venderá ese valor cuando haya subido de precio, obteniendo así el dinero suficiente para devolver el préstamo y quedarse, además, una ganancia. Y, viceversa, el inversor de previsión «bajista» venderá títulos cuya cotización prevea que va a bajar, títulos que no tiene pero que pide prestados; y cuando llegue el momento de entregarlos a su prestamista, los adquirirá en el mercado más baratos que el precio que por ellos obtuvo en su momento, resultando así una ganancia. Lógicamente, si las previsiones del inversor no se cumplen sufrirá una pérdida, o tendrá que realizar una operación «de cobertura» con un nuevo crédito (logrará así ahora el dinero o los títulos que tiene que entregar, esperando que cuando le llegue el momento de restituir el segundo crédito ya los títulos hayan bajado o subido de precio según su previsión. A esta actitud se le suele denominar, en la jerga bursátil, «prorrogar la posición»).

4.6. Otras operaciones en los mercados de valores

4.6.1. Ofertas públicas de adquisición

La OPA es, como su propio nombre indica, una «oferta general» de adquisición de títulos, que se hace pública para que todo el mercado la conozca. Un inversor puede adquirir libremente títulos de cualquier sociedad anónima de forma específica a accionistas concretos que deseen vender; pero también puede realizar un anuncio, ofreciéndose precisamente a adquirir un número de títulos más o menos elevado. De esta forma, todos los socios de la entidad conocerán su intención y podrán aceptar esa oferta en pie de igualdad. Para regular adecuadamente esa oferta, asegurar la seriedad del oferente y que realmente podrá cumplir las obligaciones de pago derivadas, etc., la Ley establece un régimen especial de la misma. Ahora bien, también se obliga en ciertos casos a quien desee adquirir títulos de una sociedad que cotiza en bolsa a que no los adquiera libre y de manera individualiza, sino mediante una OPA. La regulación se contiene en los artículos 128 a 137 LMV, y ha sido objeto de desarrollo en el RD 1066/2007, de 27 de julio, normativa que se limita a OPA sobre acciones de sociedades cotizadas.

El régimen de las OPA se justifica, así, por las **funciones que cumple la oferta pública**. Por un lado, una función de publicidad general, de publicación de que el oferente desea adquirir acciones, para que todos conozcan dicho deseo. Por otro lado, y en unión con la anterior, se logra una función de colocar a todos los interesados en pie de igualdad. Al conocer los accionistas de la entidad afectada que una persona desea adquirir, todos ellos tendrán las mismas posibilidades de enajenarle sus títulos a un mismo precio y condiciones. Si las aceptaciones exceden de lo que el oferente deseaba comprar, se realizará un prorrateo puro, sin dar preferencia a uno u otro aceptante por criterios tales como fecha de aceptación o volumen de venta. Además, en el caso de que alguien ya haya adquirido el control de la sociedad, el resto de socios podrá venderle sus acciones al precio (normalmente más alto que el normal) más elevado que haya pagado ese socio de control en el último año.

La regulación del RD parte como OPA básica de la **OPA obligatoria de toma de control**. Se trata de una OPA que debe realizar una entidad cuando ha alcanzado el control de una sociedad cotizada y que debe dirigir a todos los titulares de acciones o de títulos que puedan dar lugar a la suscripción de tales acciones. A estos efectos, y muy básicamente, se entiende que se ha alcanzado el control de una sociedad cotizada cuando se tiene un paquete de acciones que supone el 30 % de los votos o más (o cuando de hecho tal porcentaje se obtiene mediante pactos parasociales), y para este cómputo se tienen cuenta no solo las acciones de la entidad, sino las que tienen las sociedades de su mismo grupo y las demás personas que actúan de forma concertada con la primera entidad (véanse arts. 131 LMV y 5 RD). En cuanto al **precio equitativo**, quiere decir que no puede ser un precio inferior al más elevado que el oferente, o los controlados por él, hubiera ofrecido por esos títulos en los doce meses previos al anuncio de la oferta (art. 130 LMV). Como se aprecia, se trata

Actividad

Buscad noticias sobre las OPA lanzadas por Atlanta sobre la compañía Abertis (y la posterior contra-OPA de Hotchief) y por Orange sobre Jazztel, y realizad un calendario de los hechos más relevantes de cada una de ellas.

de una OPA-post-control, que busca anunciar a los socios que existe un socio mayoritario y darles la posibilidad de vender sus acciones a tal socio (en caso contrario, serán socios de una entidad controlada por el socio mayoritario).

Aparte de este supuesto, existen otros dos casos de OPA obligatorias. En primer lugar, la **OPA por exclusión de cotización**: si una sociedad cotizada acordara excluir la cotización, debe realizar una OPA a todos sus socios, para que quien lo desea venda los títulos a la sociedad (art. 10 RD). De esta forma se reconoce una especie de «derecho del socio de una sociedad cotizada» a que esta cotice, pues si deja de hacerlo se le da la posibilidad de deshacer su inversión a un precio equitativo. Ciertamente dejar de cotizar supone un cambio importante, pues supone hacer mucho más difícil, en la mayoría de los casos, la venta de los títulos. En segundo lugar, la **OPA por reducción de capital mediante** adquisición de acciones propias: cuando una sociedad cotizada acuerde reducir capital mediante adquisición de acciones propias, podrá realizarlo mediante una OPA a sus socios (art. 12 RD).

Esta oferta debe reunir toda una serie de **requisitos** que aseguran que cumpla adecuadamente sus funciones: publicidad, plazos de aceptación, paquetes de adquisición, etc. Además, hay que comprobar que el oferente podrá satisfacer sus compromisos (régimen de garantías), para defensa de los accionistas que acepten la oferta y de la regularidad del funcionamiento del mercado en general. Por todo eso, se regula un procedimiento relativamente complejo con una serie de exigencias cuyo cumplimiento se comprueba previamente por la CNMV, que es la que debe autorizar dicha oferta.

A menudo, una sociedad cotizada adopta una serie de medidas dirigidas a evitar que un socio o un tercero adquiera el «control de la sociedad» (mediante adquisiciones aisladas o mediante una OPA voluntaria), o a impedir que, si ha logrado el 30 % referido y formula una OPA, esta sea exitosa. Suele hablarse, en este sentido, de «**medidas antitoma de control**» o «**antiOPA**», previas a la formulación de una OPA o posteriores. Entre las previas, lo fundamental es lograr la fidelización del socio o adoptar cláusulas estatutarias o pactos parasociales de contenido concreto (por ejemplo, restricciones a la transmisibilidad en pactos parasociales o restricciones al derecho de voto. Sin embargo, la junta puede adoptar, mediante acuerdos tomados con los *quorums* reforzados del artículo 194 LSC, medidas de neutralización de las cláusulas estatutarias o de los pactos parasociales antiOPA ya existentes, artículos 135 LMV y 29 RD 1066/2007). En cuanto a las posteriores, los artículos 135 LMV y 28 RD 1066/2007 establecen una serie de restricciones, entre las cuales destacan que los administradores de la sociedad afectada deben solicitar la autorización de la junta general –con los *quorums* reforzados del artículo 194 LSC– para poder adoptar medidas que intenten frustrar la OPA (como, por ejemplo, la emisión de valores o la enajenación de inmuebles).

4.6.2. Ofertas públicas de venta

Como su propio nombre indica, las ofertas públicas de venta son ofertas abiertas al público de **venta de títulos** ya emitidos y suscritos. Se trata, por lo tanto, de una operación del mercado secundario, en la que el titular de un paquete importante de títulos ofrece su enajenación a quienes quieran aceptarla (bien al público en general, bien a ciertos tipos de inversores concretos –institucionales, particulares, etc.–; en ocasiones, la oferta tiene características distintas –precio, volumen mínimo de títulos que pueden adquirirse, etc.– en función del tipo de inversor que la acepte). Es una operación que suele utilizarse en los casos de privatización de empresas públicas (el Estado, propietario de los títulos, ofrece venderlos al público; así, cuando se privatizó y se sacó a bolsa a Bankia); cuando una sociedad dominada por unos pocos accionistas desea «salir» a bolsa, para lo cual precisa que una parte importante del capital esté «dispersa» o «distribuida» entre el público; o, en fin, cuando el titular de un paquete importante de acciones u obligaciones desea enajenarlos. Esta materia está regulada en el artículo 35 TRLMV.

4.6.3. Servicios de inversión

Como hemos expuesto, el artículo 140 LMV es el que establece el listado de los «servicios de inversión», hasta un número de seis. Buena parte de los mismos han sido ya estudiados en diversas partes de este apartado, por lo que trataremos los dos que restan. En cuanto al **asesoramiento en materia de inversiones**, la cuestión más relevante en esta materia se plantea acerca de si el asesoramiento fue el adecuado, lo cual debe juzgarse no por el resultado final de la inversión, sino según las perspectivas que existían sobre los valores en el momento del asesoramiento (véase STS de 20 de enero de 2014).

Resta referirnos al servicio señalado con la letra d) en dicho precepto, «La **gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión** con arreglo a los mandatos conferidos por los inversores». Este contrato consiste en el encargo realizado a favor de una ESI o entidad asimilada para que gestione, discrecionalmente pero de acuerdo con una serie de criterios previos, una cartera de valores del comitente. Este dispone de una serie de valores o de efectivo y desea invertirlos, y confía en el criterio profesional y en los conocimientos especializados de la empresa de servicios de inversión. Debe resaltarse que el inversor tiene que fijar unos criterios generales para dirigir la inversión del intermediario financiero (exposición al riesgo, etc.), de forma que es una gestión discrecional pero de acuerdo con unos criterios previos del cliente. Precisamente, las SSTs de 17 y 18 de abril de 2013 condenan al gestor por haber invertido en valores de cierto riesgo, cuando el perfil del cliente era conservador (esto es, de no asunción de riesgo). El contrato se diferencia, así, del simple asesoramiento en esta materia, tras el cual es el cliente asesorado el que toma la decisión de inversión.

Resumen

La «contratación mercantil» forma un todo junto con la «contratación civil», puesto que los criterios que decidieron la codificación de normas separadas no tienen sentido hoy en día. Existe una **única realidad de contratos ofertados y celebrados en el marco del mercado**, sean civiles o mercantiles, que se rige por una regulación unitaria en muchos aspectos, más aún en el ámbito internacional. Si acaso, en la actualidad, debería contraponerse la «contratación entre empresarios» con la «contratación con consumidores», en la que se defiende de manera específica al consumidor en cuanto a la transparencia y al equilibrio en las posiciones contractuales. En toda la contratación deben tenerse en cuenta las **reglas generales de obligaciones y contratos**, entre las cuales no existen prácticamente diferencias reales en la regulación de ambos códigos, y en las que cobran importancia regulaciones sectoriales modernas de la **contratación mediante condiciones generales** y de la **contratación electrónica**.

La contratación actual debe comprenderse como la **actividad real de las empresas** al producir bienes y servicios que se comercializan a otras empresas y/o a consumidores. En esa actividad empresas y consumidores se financian, compran, venden, contratan servicios, transportan, se aseguran, etc., y cada una de esas prestaciones se canaliza mediante la concertación de un contrato. Cada «grupo contractual» se puede caracterizar en función de la prestación fundamental que se realiza (financiar, transmitir la propiedad, intermediar, prestar un servicio, asegurar, etc.), pero lo que **da sentido a cada contrato** es el interés global que se cubre con toda la actividad del sujeto.

En estos materiales se recuerdan las claves de contratos ya estudiados en otros materiales del grado, y se exponen con más detenimiento dos grupos de negocios que no han sido objeto de un tratamiento específico: el contrato de **transporte terrestre de mercancías**, y los contratos celebrados en los **mercados de valores**, tanto al «emitir» valores en el mercado primario como al negociar en el «mercado secundario» valores ya emitidos y colocados.

Ejercicios de autoevaluación

Para resolverlos es preciso acudir a los materiales y a la legislación.

1. El concepto «legal» de «contrato mercantil» es...

- a) el contrato celebrado entre empresarios.
- b) el contrato en el que una de las partes es empresario.
- c) el contrato que tiene por objeto mercancías.
- d) No existe un «concepto legal» de contrato mercantil, sino una caracterización, caso por caso, de cuándo es mercantil un contrato concreto.

2. Según la Ley de morosidad en las operaciones comerciales, el plazo para pagar las mercancías en relaciones entre comerciantes...

- a) será el pactado por las partes, sin límite alguno.
- b) será el pactado por las partes, pero sin exceder del plazo máximo de sesenta días.
- c) será el pactado por las partes, pero sin exceder, como regla general, del plazo máximo de treinta días.
- d) A falta de pacto, será de diez días, si la obligación generada es ordinaria, y del día siguiente, si es ejecutiva.

3. Señalad cuál de los siguientes no es un requisito del concepto de condición general de la contratación:

- a) Son cláusulas prerredactadas o predisuestas.
- b) Son cláusulas prerredactadas por el empresario que las impone a la contraparte.
- c) Son cláusulas no negociables, que se toman por entero o se dejan.
- d) Son cláusulas que se redactan para incorporar a una pluralidad de contratos.

4. Señalad cuál de las siguientes afirmaciones es la única incorrecta en relación con el «control de inclusión» de las condiciones generales de la contratación:

- a) Debe existir una información previa de su contenido, anterior al contrato, correspondiendo al adherente la prueba de que se cumplió tal requisito.
- b) No se incorporan las condiciones que no se pudieron conocer al tiempo de la celebración del contrato.
- c) La redacción debe ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.
- d) El incumplimiento de alguno de los requisitos de inclusión determina, como regla general, la nulidad de la cláusula para la que se incumplan, pero el mantenimiento del resto del contrato.

5. Prudencio, actuando como consumidor, ha comprado por internet una impresora. Antes de que llegue, aprovecha una buena oferta y compra otra de segunda mano. Cuando le llega la que ha comprado por internet, nos plantea si la puede devolver.

- a) Depende de que el vendedor conceda un «derecho de desistimiento» o un plazo de devolución al comprador.
- b) Podrá devolverla, sin soportar gastos ni coste alguno.
- c) Podrá devolverla, pero puede que se tenga que hacer cargo de los costes de devolución.
- d) No podrá devolverla, ya que la ley no puede amparar un cambio caprichoso de parecer.

6. El beneficio de excusión del fiador significa que...

- a) para cobrar al fiador es preciso, antes, haber intentado cobrar al deudor, y que el intento haya sido fallido.
- b) puede oponerse al pago señalando bienes del deudor realizables dentro del territorio español que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda.
- c) si existen varios fiadores, el fiador puede exigir que se le reclame solo la parte proporcional al número de fiadores.
- d) puede excusarse del pago si ha habido un pacto de *non petendo* entre deudor afianzado y acreedor por el que este renuncia a la exigencia de la deuda durante el tiempo pactado.

7. Pedro compra en Alemania coches de la marca RRR, que a su vez usan un motor fabricado según la patente WWW. Los trae a España y los revende aquí, a un precio muy inferior a aquel por el que se venden en España. La empresa RRR, titular de la marca, nos pregunta si podrá impedir a Pedro esta operación.

- a) Sí, podrá impedirla, pues ella debe controlar la comercialización de los bienes de su marca.
- b) Podrá impedirla si el precio fijado por Pedro es superior al que ella misma pone al producto.
- c) Podrá impedirla si el precio fijado por Pedro es igual o inferior al que ella misma pone al producto.
- d) No podrá impedirla.

8. Según la Ley, los derechos de explotación de la propiedad intelectual que supone la página web creada...

- a) corresponden a la empresa de servicios informáticos.
- b) corresponden al cliente que contrata la creación de la página.
- c) corresponden a la empresa de servicios, pero normalmente se pacta su cesión al cliente.
- d) La Ley no establece nada al respecto, siendo lo mejor pactar que tales derechos corresponden o se ceden al cliente.

9. Por el contrato de *back-up*...

- a) se entrega una copia del código fuente del programa de ordenador a un tercero, que la conserva, pudiendo acceder el licenciatario en determinados supuestos.
- b) se deposita en un centro informático especializado una copia del sistema informático del cliente.
- c) el licenciante entrega una copia del programa informático al cliente, que la conserva como «copia de seguridad».
- d) el licenciatario realiza una copia de seguridad del código fuente del programa, que guarda en su servidor.

10. Señalad cuál de las siguientes afirmaciones es la única cierta en materia de compraventa mercantil. Según el Código de comercio:

- a) Será mercantil la compra de cualquier tipo de bien para revenderlo, con ánimo de lucrarse en la reventa.
- b) No será mercantil la compra de un bien para revenderlo, si finalmente el revendedor no obtiene lucro en la reventa.
- c) Será mercantil la compra realizada entre comerciantes y destinada al tráfico comercial.
- d) No será mercantil la venta realizada por el agricultor o ganadero de los productos de sus cosechas o ganados.

11. María y Juan han comprado un coche para uso familiar (no lo usan para la actividad laboral, porque normalmente los dos van al trabajo en transporte público). Al cabo de nueve meses desde la entrega advierten que el coche no funciona adecuadamente (no llega a la velocidad normal, da sacudidas al acelerar, etc.). ¿Pueden reclamar contra el vendedor?

- a) Sí, porque disponen de un plazo de dos años desde la entrega para reclamar por los defectos originarios.
- b) Depende del plazo de garantía que hayan pactado con el vendedor.
- c) No, porque el plazo para reclamar por vicios ocultos es de treinta días.
- d) No, porque el plazo para reclamar por vicios ocultos es de seis meses.

12. La empresa X vendió un coche a Pedro, que lo usa para uso propio. Pactaron un pago a plazos durante dos años y una reserva de dominio hasta haber pagado todos los plazos. Después de un año, un acreedor de Pedro embarga el coche para poder satisfacer el crédito. La empresa X nos pregunta si puede hacer algo para impedir la continuación del embargo.

- a) Sí que puede hacer algo, si el contrato se inscribió en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles.
- b) Sí podrá, ya que se pactó una reserva de dominio, y esto implica que no ha dejado de ser propietaria.
- c) No podrá en ningún caso, ya que el pacto de reserva de dominio es un acuerdo interno entre comprador y vendedor.

d) El embargo seguirá su curso, pero el vendedor tendrá un derecho de preferencia –para cobrar los plazos que faltan– antes que el acreedor que instó el embargo.

13. Eduardo encarga a la agencia inmobiliaria Inmobiliaria la venta de su vivienda por un precio determinado. La agencia, actuando en nombre ajeno, formaliza el contrato de venta por el precio fijado con Juana como compradora, que comprueba que hay una serie de defectos en la vivienda. ¿Contra quién puede reclamar?

- a) Contra la agencia inmobiliaria, porque es la que ha firmado el contrato.
- b) Contra Eduardo, por ser quien debe responder de los defectos.
- c) Contra Eduardo, pero existiendo también una responsabilidad subsidiaria de la agencia por haber actuado como intermediario.
- d) Contra Eduardo y la agencia, que responden solidariamente de los defectos.

14. Julio ha sido contratado como agente mercantil, sometido a la Ley 12/1992, y ha estado promoviendo contratos para el principal durante cinco años. Al cabo de este tiempo, el principal da final a la relación (que era por tiempo indefinido). Julio nos pregunta si puede alegar que la relación que tenía, ahora que se ha acabado, era laboral, puesto que acudía al local del principal, usaba los medios materiales del principal y visitaba a los clientes que le indicaba el principal.

- a) No podrá reclamar esto, ya que, al aceptar que la relación con el principal era mercantil, ese pacto le vincula.
- b) No podrá reclamar esto, porque la labor del agente es siempre mercantil y no laboral.
- c) Puede reclamar, acreditando esta dependencia de las órdenes del principal.
- d) Podrá reclamar los daños y perjuicios causados, pero no exigir ninguna condición que le pudiera ser aplicable como personal laboral del principal.

15. Según el Reglamento comunitario 330/2010 sobre acuerdos verticales y prácticas concertadas:

- a) Franquiciador y franquiciado pueden fijar los precios de reventa.
- b) Franquiciador y franquiciado pueden fijar los precios de reventa, si la cuota de mercado de aquel es inferior al 30 %.
- c) Franquiciador y franquiciado no pueden acordar los precios de reventa, ni imponerlos el franquiciador.
- d) Franquiciador y franquiciado no pueden fijar los precios de reventa, pero sí establecer unos precios mínimos.

16. Señalad cuál de las afirmaciones siguientes es la única correcta, según la jurisprudencia actual:

- a) El concesionario/franquiciado no tiene en ningún caso derecho a indemnización en el momento de finalización del contrato, pues ya ha obtenido un margen comercial libre que supone una ganancia importante.
- b) El concesionario/franquiciado tiene derecho a indemnización en el momento de finalización del contrato si ha incrementado la clientela del principal o se dan otras razones que justifican la indemnización.
- c) El concesionario/franquiciado tiene derecho en el momento de la finalización del contrato a una indemnización, cuyo importe será la media de la remuneración anual de los últimos cinco años.
- d) El concesionario/franquiciado tiene derecho a indemnización en el momento de finalización del contrato si este ha durado más de diez años.

17. Señalad cuál de las siguientes afirmaciones es la única incorrecta, en relación con el contrato de transporte terrestre de mercancías:

- a) Acreditado el daño a la mercancía, la ley presume la responsabilidad del porteador, que podrá liberarse si prueba la existencia de alguna de las causas de exoneración previstas legalmente.
- b) Si el porteador responde, existe un límite a esa responsabilidad, fijado en una cantidad máxima por kilo en el caso de pérdidas, y en el precio del porte en caso de retraso.
- c) No existe límite a la responsabilidad del porteador en los casos de comportamiento gravemente negligente del porteador.

d) Si se plantea un litigio entre las partes, la única vía procedente es la judicial ante el juez de lo mercantil.

18. La empresa Transportes lleva una partida de fruta por encargo de Cargador en Sevilla. Cuando llega al destino, al descargar la fruta advierten que está podrida. Señalad cuál de las afirmaciones siguientes es la única correcta:

- a) Transportes tiene que responder, salvo que acredite que la mercancía ya estaba en mal estado antes de cargarla o que la pérdida no fue culpa suya.
- b) Transportes deberá responder en todo caso, ya que no debió admitir una partida de fruta muy madura.
- c) Cargador soportará la pérdida, puesto que corre de su cuenta el riesgo de la mercancía por ser su propietario.
- d) Cargador deberá responder, salvo que pruebe que la culpa de la pérdida fue del porteador.

19. Quien disponga de una información sobre valores que no sea pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría influir sobre la cotización:

- a) Deberá comunicarla de inmediato a la CNMV, para que la publique en su web.
- b) No podrá realizar ningún tipo de operación sobre esos valores.
- c) Podrá realizar cualquier operación sobre esos valores, aprovechando ese conocimiento privilegiado para obtener una ganancia.
- d) No podrá realizar operaciones sobre esos valores, pero sí comunicar la información a terceros.

20. Determinad cuál de los siguientes elementos no es un «instrumento financiero» a los efectos de la Ley del mercado de valores.

- a) La «participación» de una sociedad de responsabilidad limitada.
- b) La «acción» de una sociedad anónima.
- c) La «obligación» emitida por una sociedad anónima.
- d) Un «derivado financiero» sobre valores.

21. Señalad cuál de las siguientes afirmaciones relativas al cliente minorista no es correcta:

- a) Cliente minorista (según la Ley de mercado de valores) es lo mismo que consumidor (según la Ley general de defensa de consumidores y usuarios).
- b) Una institución de inversión colectiva no es cliente minorista.
- c) Al cliente minorista se le deben realizar los test de conveniencia o de idoneidad.
- d) El cliente minorista está protegido por el Fondo de Garantía de Inversiones.

22. Determinad cuál de las siguientes afirmaciones es la única correcta, en relación con los contratos relativos a la colocación de emisiones de títulos:

- a) Toda ESI puede actuar como intermediario en la colocación de emisiones.
- b) Toda emisión de valores se realiza mediante una oferta pública de suscripción.
- c) El director de la emisión responde de la veracidad de las afirmaciones que constan en el folleto de emisión.
- d) Las ESI que se ocupan de la colocación pueden, en todo caso, asegurar dicha colocación, de forma que se comprometen a que todos los valores sean suscritos.

23. En la compraventa bursátil:

- a) El contrato puede cumplirse al contado o a plazo.
- b) Cada operación de compraventa se liquida y ejecuta individualmente.
- c) El adquirente puede realizar operaciones directamente, sin necesidad de acudir a intermediarios antes ni después de la contratación, cuando el importe de la compra sea superior a 10.000 euros.
- d) El comitente puede obtener un crédito para obtener parte de los títulos que venda, o parte del dinero con el que tenga que pagar la compra.

24. En la OPA obligatoria de toma de control...

- a) el oferente debe realizar una oferta por, al menos, el 50 % de los títulos de la sociedad afectada.
- b) el oferente debe ofrecer como precio, al menos, el mejor precio ofrecido en las compras realizadas por él sobre esos títulos en los doce últimos meses.
- c) el oferente está obligado a realizar la oferta si posee, directa o indirectamente, el 25 % de los votos de la sociedad afectada.
- d) el oferente está obligado a realizar la oferta si va a realizar una adquisición con la que supere el 25 % de los votos de la sociedad afectada.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. d

2. b

3. b

4. a

5. c

6. b

7. d

8. d

9. b

10. d

11. a

12. a

13. b

14. c

15. c

16. b

17. d

18. a

19. b

20. a

21. a

22. c

23. d

24. b

Abreviaturas

CC Código civil.

CCom Código de comercio.

LCAgencia Ley de contrato de agencia.

LCS Ley de contrato de seguro.

LCTTM Ley de contrato de transporte terrestre de mercancías.

LGDCU Texto refundido de la Ley general de defensa de consumidores y usuarios.

LMV Texto refundido de la Ley del mercado de valores.

LOCM Ley de ordenación del comercio minorista.

LOPJ Ley orgánica del poder judicial.

LOTT Ley de ordenación del transporte terrestre.

LSP Ley de servicios de pagos.

LVPBM Ley de venta a plazos de bienes muebles.

RD Real decreto.

STJUE Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS/SSTS Sentencia/s del Tribunal Supremo.

STSJ/SSTSJ Sentencia/s del Tribunal Superior de Justicia.

Bibliografía

Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (dir.); **Calzada Conde, M. Á.** (dra. adjunta) (2009). *Contratos mercantiles* (3 vols.). Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.) (2000). *Comentario a la Ley de condiciones generales de la contratación*. Elcano, Navarra: Aranzadi.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.) (2009). *Tratado de contratos* (5 vols.). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Cámara Lapuente, S. (dir.) (2011). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: Colex.

De la Cuesta Rute, J. M. (dir.); **Valpuesta Gastaminza, E.** (coord.) (2007/2009). *Contratos mercantiles* (vols. I y II [2.^a ed., 2009], vol. III [1.^a ed., 2007]). Barcelona: Bosch.

Yzquierdo Tolsada, M. (dir.) (2013-2015). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*. Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.