
Contractació mercantil

PID_00247181

Eduardo Valpuesta Gastaminza

Temps mínim de dedicació recomanat: 6 hores





Els textos i imatges publicats en aquesta obra estan subjectes –llevat que s'indiqui el contrari– a una llicència de Reconeixement-Compartir igual (BY-SA) v.3.0 Espanya de Creative Commons. Podeu modificar l'obra, reproduir-la, distribuir-la o comunicar-la públicament sempre que en citeu l'autor i la font (FUOC. Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya), i sempre que l'obra derivada quedi subjecta a la mateixa llicència que el material original. La llicència completa es pot consultar a <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/es/legalcode.ca>

Índex

Introducció	5
Objectius	6
1. Consideracions generals sobre contractació mercantil	7
1.1. Contractació mercantil i contractació civil: la superació real d'aquesta suposada dicotomia	7
1.2. Normes sobre contractació mercantil vigents. Especialment, el règim de mora en operacions mercantils	8
1.3. Especial incidència de la contractació mitjançant condicions generals	10
1.4. La intervenció del «consumidor» i, en particular, el règim de las clàusules abusives	12
1.5. Contractació electrònica	13
2. Els diversos contractes (mercantils) com a actuació dels particulars en el mercat	15
2.1. El finançament de l'activitat (d'empreses i particulars). Mercats de crèdit i de valors	16
2.2. Contractes relacionats amb propietat intel·lectual i industrial. Publicitat i publicació de l'empresa	19
2.3. Compravenda i altres contractes de canvi	23
2.4. Contractes d'intermediació i de distribució	27
2.5. Contractes d'arrendament de serveis, d'obra i de dipòsit	31
2.6. Assegurament enfront dels riscos: contracte d'assegurança	32
2.7. Recapitulació	33
3. Especial consideració del contracte de transport terrestre de mercaderies per carretera	35
3.1. Concepte i normes reguladores	35
3.2. Elements personals i formals	36
3.3. Drets i obligacions de les parts	37
4. Especial consideració de la contractació en els mercats de valors	40
4.1. La regulació dels mercats de valors	40
4.1.1. La mercat financer i el mercat de valors	40
4.1.2. Regulació legal i principis del règim normatiu	41
4.1.3. Normes de conducta	43
4.2. Objecte de la contractació: els instruments financers i els valors negociables	45

4.3. Subjectes que operen en el mercat: emissors, inversors i intermediaris	46
4.4. Operacions en el mercat primari: emissió de valors	50
4.5. Operacions en els mercats secundaris	52
4.5.1. Concepte i classes	52
4.5.2. Contracte de comissió borsària	53
4.5.3. Contracte de compravenda borsària	55
4.6. Altres operacions en els mercats de valors	56
4.6.1. Ofertes públiques d'adquisició	56
4.6.2. Ofertes públiques de venda	58
4.6.3. Serveis d'inversió	58
Resum	60
Exercicis d'autoavaluació	61
Solucionari	66
Abreviatures	67
Bibliografia	68

Introducció

En les assignatures de dret civil ja s'ha estudiat la teoria general de la contractació, i s'ha donat una visió panoràmica dels diversos tipus contractuals. D'altra banda, en l'assignatura optativa de *Dret de la contractació*, l'estudi de la qual recomanem, s'exposen els tipus contractuals fonamentals, entre aquests molts dels considerats netament «mercantils», com els bancaris. Malgrat això, té interès un estudi específic d'un mòdul de «Contractació mercantil» dins de l'assignatura de *Dret mercantil II*, per a exposar alguns aspectes que no hem pogut explicar en altres materials, per a ressaltar-ne altres que sí que han estat explicats i que són molt importants, i sobretot per a fer una exposició sintètica de tots els contractes rellevants emmarcats dins de l'activitat pròpia de les empreses i dels consumidors en el mercat. Igualment, s'aprofitarà per a exposar alguns contractes considerats com a mercantils que no han pogut desenvolupar-se amb la profunditat necessària en els materials a què fem referència: el transport terrestre de mercaderies per carretera i els contractes en els mercats de valors.

Segons el nostre entendre, i el de la doctrina moderna majoritària, avui dia **no té sentit** lògic fer referència a una «contractació mercantil» com a **contraposada** a una «contractació civil». En el «món real» dels negocis es fan multitud de contractes sense qualificar-los de mercantils o civils, i en la negociació internacional no es coneixen aquestes categories. No obstant això, la nostra obsoleta legislació, encara continguda considerablement en els codis vuitcentistes, continua mantenint una diferència «legal» entre contractes civils i mercantils, fins i tot amb normes pròpies de teoria general per a cada sector, cosa que obliga a fer aquesta exposició diferenciada (encara que només sigui per a posar en relleu el poc sentit actual de la distinció).

Finalment, convé destacar que la «contractació privada» no ha de veure's com un simple elenc de figures contractuals. En la realitat, la **contractació** comprèn tot el **conjunt d'operacions que fan diàriament les empreses i els consumidors en el mercat**: subjectes que es financen mitjançant operacions bancàries, que ofereixen béns i serveis en pàgines web, que compren matèries primeres i venen mercaderies elaborades, que reben béns transportats i expedeixen les seves comandes, que s'asseguren davant dels riscos, etc. El dret mercantil estudia, així, els subjectes que actuen (empreses i consumidors) i el seu règim jurídic (dret de societats), els mitjans de pagament més comuns (títol valor), l'actuació en el mercat (contractació) i la patologia que representa la insolvència d'empreses o consumidors (dret concursal).

Objectius

L'estudi del present mòdul persegueix els objectius que s'expressen a continuació:

1. Que l'alumne adquireixi una visió dels contractes com la manera real d'actuació d'empreses i consumidors en el mercat, comprant i venent productes i serveis, fent-ne publicitat, distribuint-los, transportant-los, finançant la seva activitat i assegurant-se davant dels possibles riscos.
2. Que l'alumne abandoni la vella concepció dels contractes mercantils com a contraposats als civils, ja que en el món actual no hi ha una contraposició real entre mentalitat empresarial, de lucre, i mentalitat civil, i perquè a més no hi ha cap norma vigent que abonin l'existència d'una diferència en el tractament legal.
3. Que l'alumne compregui com les empreses exposen els seus productes i en fan publicitat mitjançant contractes relacionats amb pàgines web, amb propietat intel·lectual, amb comerç electrònic i amb diversos elements publicitaris.
4. Que l'alumne compregui com es financen les empreses, bé amb aportacions de socis, bé amb finançament bancari, bé amb l'emissió i col·locació de valors.
5. En particular, que l'alumne compregui els problemes fonamentals que es plantegen en el contracte de transport terrestre de mercaderies, sobretot quant a la responsabilitat del portador i a la limitació d'aquesta responsabilitat.
6. En particular, que l'alumne s'habitui a manejar les categories bàsiques dels mercats de valors, i compregui com es financen les empreses i com interveuen els inversors, amb l'emissió i col·locació (mercat primari) i posterior venda (mercat secundari) de valors.

1. Consideracions generals sobre contractació mercantil

1.1. Contractació mercantil i contractació civil: la superació real d'aquesta suposada dicotomia

En el nostre dret privat continuem distingint, malauradament, una **regulació civil i una altra de mercantil dels contractes**. Les raons d'aquesta diferenciació són purament històriques: la mentalitat del subjecte privat del segle XIX era de subsistència, contraposada a la mentalitat de lucre del comerciant. Això originava dos tipus de contractació, basats en temps diferents, més rigorosa aquesta amb el contractant i més exigent quant al compliment.

Partint d'aquesta regulació legal separada, la doctrina i la jurisprudència han procurat «abstreure» quina és la **característica general que fa que un contracte o obligació sigui «civil» o «mercantil»**. Quant a això, cal assenyalar:

- Que el Codi de comerç **no defineix la «mercantilitat» del contracte**, no en dóna una característica general, sinó que només delimita «actes de comerç» (és a dir, «contractes mercantils») concrets: compravenda mercantil, dipòsit mercantil, etc.
- Que la doctrina ha intentat **buscar un denominador comú** per a caracteritzar un contracte mercantil, aplicant, en general, les mateixes teories amb les quals s'intenta conceptuar el «dret mercantil» davant del «dret civil» (contractes en massa, contractes dels empresaris, etc.). La teoria més assentada és que seria mercantil el contracte formalitzat per empresaris dins de la seva activitat típica, a fi de comercialitzar productes o serveis en el mercat. Però tot això no són més que construccions doctrinals. Legalment no existeix la categoria «obligació mercantil» ni «contracte mercantil», sinó certs contractes que es qualifiquen, cadascun individualment, com a mercantils (compravenda mercantil, préstec mercantil, etc.).

Quant a les **fonts de regulació**, els contractes mercantils es regeixen pel Codi de comerç i lleis especials, i en defecte d'aquests pel dret comú (art. 50 CCom). Però s'admet que també els usos (vegeu art. 2 CCom), encara que no ho digui expressament el Codi, són aplicables abans que el dret comú. La jurisprudència no és font de dret, però en la seva funció de «complementar» l'ordenament jurídic (art. 1.6 CC) sí que, materialment, resulta crucial en la interpretació i aplicació de les normes (vegeu, per exemple, l'admissió de l'operativitat de la clàusula *rebus sic stantibus*, en les STS 30.06.2015 i 15.10.2015, davant d'un criteri restrictiu plasmat en les STS 17.01.2013 i 18.01.2013).

Avui dia la distinció entre contractes comercials i contractes civils no té sentit, ja que la mentalitat de lucre està generalitzada. De fet, les lleis modernes de contractes solen regular figures concretes sense distingir si són civils o mercantils (contracte d'assegurança, contractes del mercat de valors, contracte de transport, etc.). En la mateixa línia, el dret privat comunitari projectat, que cristal·litza ara com ara en el «Common Frame of Reference» o en la «Proposta de normativa comuna de compravenda europea», proposa una regulació única dels diversos contractes. Igualment, en la contractació internacional, les regles jurídiques (convenis internacionals, regles i usos uniformes, etc.) es formulen per a negocis de compravenda o bancaris sense qualificar-los de civils o mercantils. Com a exemple de tot això, en l'assignatura optativa de Dret de la contractació s'exposen els diversos contractes sense fer una especial diferència entre si són civils o mercantils. Moltes de les regles que abans eren pròpies de la regulació mercantil s'han estès a l'àmbit civil (és l'anomenada «mercantilització del dret civil»), perquè la majoria dels subjectes tenim aquesta mentalitat de lucre que abans caracteritzava el dret mercantil legislat.

Malgrat l'assenyalat en el text, la Proposta d'avantprojecte de codi de comerç, que finalment no es va tramitar com a projecte de llei, recollia una regulació general bastant completa d'una teoria general d'obligacions i contractes mercantils.

Davant d'aquesta contraposició, el que sí que apareix enfrontat a la regulació «ordinària» dels contractes és la figura dels **contractes amb consumidors** (que veurem una mica més endavant). Per això, es distingeix normalment una regulació B2B (*business to business*), de la relació d'empresari a consumidor o B2C (*business to consumer*), i fins i tot de les relacions entre consumidors o C2C (*consumer to consumer*). Malgrat això, aquesta regulació específica de contractes amb consumidors no ha de considerar-se inspirada en principis contraris a la regulació general B2C, sinó com una exigència de transparència més gran que permeti que el consumidor pugui informar-se adequadament sobre el producte o servei.

1.2. Normes sobre contractació mercantil vigents. Especialment, el règim de mora en operacions mercantils

Malgrat l'assenyalat en l'apartat anterior, la veritat és que formalment continua havent-hi, en el Codi de comerç espanyol, un conjunt de **normes que estableixen suposades especialitats de les obligacions i contractes mercantils** davant dels civils, entre els quals cal destacar les següents:

- No es reconeixen **termes de gràcia o cortesia** que difereixin el compliment de les obligacions, si no s'han pactat entre les parts (art. 61 CCom). A diferència de la regulació civil, que permet més discrecionalitat als jutges per a fixar terminis de gràcia (art. 1124.3 i 1128 CC).
- Quan **no existeix un termini fixat per a complir**, les obligacions mercantils són exigibles al cap de deu dies, o l'endemà si porten aparellada execució (art. 62 CCom, davant de l'exigència «per descomptat» de l'art.

Vegeu també

Aquesta mateixa idea de caminar cap a una unificació en matèria de contractes es recull en altres mòduls de la UOC, com el preparat pel professor Oliva «Cap a la unificació de la contractació privada. El comerç electrònic».

1113 CC). No obstant això, aquesta regulació del Codi està actualment desplaçada pel règim específic que estableix la **Llei 3/2004, de mesures de lluita contra la morositat en les operacions mercantils**. És una llei aplicable únicament a **obligacions entre comerciants** (la majoria de les quals seran mercantils) i estableix que el termini per a pagar un deute serà, amb caràcter general, de trenta dies naturals a partir de la data de recepció de les mercaderies o prestació dels serveis (seria el termini aplicable en cas d'absència de pacte). Aquest termini podrà ser ampliat mitjançant pacte de les parts sense que, en cap cas, es pugui acordar un termini superior a seixanta dies naturals.

- En matèria de **mora**, quan hi ha termini fixat per a complir la mora de les obligacions mercantils, és automàtica (art. 62 CCom), no cal interpellar el deutor, com és regla en el dret civil (art. 1100 CC). En aquesta matèria la Llei 3/2004 també ha fixat regles especials quant a l'**interès de demora en les obligacions entre empresaris**, que busquen incentivar el compliment a temps: l'interès de demora serà el pactat, i a falta de pacte serà l'interès del Banc Central Europeu (BCE) incrementat en vuit punts percentuals; a més, el pacte de les parts no pot establir un interès abusiu en perjudici del creditor, entenent que serà abusiu quan l'interès pactat sigui un setanta per cent inferior a l'interès legal de demora (el referit del BCE + 8), tret que d'acord amb les circumstàncies previstes en la Llei pugui provar-se que l'interès aplicat no resulta abusiu (vegeu art. 7 Llei 3/2004).
- Quant a la **interrupció de la prescripció**, la principal diferència és que segons l'article 944 CCom les obligacions mercantils no s'interrompen per la reclamació extrajudicial; però la jurisprudència del Tribunal Suprem ha determinat que aquesta diferència ha d'entendre's avui suprimida (STS 4.12.1995 o 7.01. 2011).
- En matèria d'**interpretació**, el Codi de comerç sembla que fa preponderant la interpretació literal, davant de la interpretació segons la voluntat de les parts del Codi civil, però actualment es considera que tots dos segueixen el mateix criteri.

Com es pot veure, aquestes especialitats són la majoria poc rellevants, i la més important en el pla pràctic (la relativa a la interrupció de la prescripció) ha estat «suprimida materialment» per la jurisprudència del Tribunal Suprem. Tot això corrobora el contrasentit de mantenir la distinció. Per tant, en molts dels contractes regulats en el Codi de comerç les diferències reals i rellevants amb la regulació civil són mínimes.

1.3. Especial incidència de la contractació mitjançant condicions generals

En una economia massificada, en la qual contínuament es fan negocis de tota mena i condició, és fonamental que la contractació es dugui a terme mitjançant **clàusules predisposades** per l'empresari que ofereix el bé o servei. No pot discutir-se individualment cadascun dels milions de contractes que es fan (de transports, assegurances, vendes, etc.). Per això, aquestes clàusules no solament estan preredactades, sinó que el client les accepta o les deixa; no són un punt de partida per a la discussió, sinó un «o tot o res». A més, si en cada contracte les condicions fossin diferents, seria molt difícil per a l'empresari oferir un servei adequat, i la uniformització de les prestacions de l'empresari li permet abaratir els seus costos. Per això la contractació en massa i la uniformitat de les prestacions exigeix utilitzar condicions generals. L'art. 1.1 de la Llei de condicions generals de la contractació (d'ara endavant LCGC) les defineix com «les clàusules predisposades la incorporació de les quals al contracte sigui imposada per una de les parts [...], havent estat redactades amb la finalitat de ser incorporades a una pluralitat de contractes». Però sent necessàries, el problema que plantegen és que en ser preredactades per l'empresari, poden contenir clàusules que l'afavoreixen de manera no equitativa.

Perquè aquestes condicions generals vinculin l'adherent, sigui empresari o consumidor, cal que es compleixin **dos tipus de controls**.

- Primer un «**control d'inclusió**» (art. 5 a 7 LCGC), que es tradueix en dos aspectes:
 - Que l'adherent hagi tingut ocasió de conèixer el contingut de les condicions i n'hagi rebut un exemplar (una altra cosa és que, havent pogut llegir-les, no ho hagi fet, però aquest ja és «el seu problema»).
 - Que la redacció de les clàusules ha de ser clara i comprensible. En la pràctica, aquest control s'ha mostrat molt rellevant, ja que tota clàusula fosca (o, si més no, innecessàriament fosca) o que no s'hagi comunicat al client abans de contractar no vincularà el client.
- Una vegada superat el primer control, hi ha un «**control de legalitat**», en el sentit que les condicions contràries a una norma imperativa seran nul·les. Però en molts casos hi ha condicions en principi legals que, no obstant això, resulten «abusives», excessives, especialment quan les accepta un consumidor que, en principi, té menys informació i està menys preparat que l'empresari. És per això que existeix una **protecció addicional quan l'adherent és un consumidor**, atès que so solament són nul·les les condicions contràries a llei, sinó també les «**clàusules abusives**», considerant que ho són «les estipulacions no negociades individualment i totes les pràctiques no consentides expressament que, en contra de les exigències de la bona fe, causin, en perjudici del consumidor i usuari, un desequilibri important dels drets i obligacions de les parts que es derivin del contrac-

te» (art. 82 LGDCU, inicialment introduït per l'LCGC). En els articles 85 a 91 LGDCU es recull una llista amb l'exemple de vint-i-nou clàusules que sempre es consideraran abusives.

La doctrina, en general, ha defensat que el concepte de *clàusula abusiva*, tot i que limitat per la Llei a la contractació amb consumidors, també serà útil per a valorar la validesa de clàusules imposades a petits empresaris que es trobin de fet en una situació de feblesa davant del que imposa les condicions generals.

Les clàusules abusives, com s'ha dit, en principi serien vàlides, ja que no van en contra de dret imperatiu, però resulten nul·les perquè pactades amb un consumidor es desconfia que aquest realment n'hagi comprès l'abast o les hagi acceptades amb plenitud de consentiment.

És vàlid pactar que les parts en cas de judici acudiran als tribunals de Madrid (encara que l'adherent estigui domiciliat a una altra ciutat); però si això ho pacta un consumidor és nul per abús –art. 90.2 LGDCU i 54.2 LEC–, ja que per a ell seria molt perjudicial, si no funciona el bé adquirit, haver de litigar a Madrid. El consumidor només pot ser demandat en el lloc del seu domicili.

En matèria bancària s'han dictat resolucions molt rellevants basades en la normativa de condicions generals de la contractació. Així, l'STS de 9 de maig de 2013 va declarar la nul·litat de les clàusules terra en préstecs hipotecaris per falta de transparència, si aquestes clàusules es troben emmascarades dins del contracte sense ressaltar-les específicament (qüestió que ha de valorar-se cas per cas). La doctrina de l'abús per falta de transparència ha estat reiterada en les STS de 8 setembre de 2014 o de 24 de març de 2015. En l'àmbit de contractes de consum, l'STS de 2 març 2011 va declarar la nul·litat de les clàusules d'arrodoniment a l'alça en el tipus d'interès en els contractes amb consumidors (clàusula que des d'una reforma legal ja està inclosa com a abusiva en la llista d'exemples de l'LGDCU). L'STS de 12 de setembre de 2014 ha considerat abusiva la clàusula que, en un contracte de préstec bancari, feia signar al prestatari un pagaré canviari en blanc, que seria emplenat per l'entitat de crèdit amb la quantitat deguda en cas d'incompliment. Aquesta clàusula implicava preconstituir contra el client un títol canviari, a més per una quantitat en blanc que emplenaria unilateralment l'entitat de crèdit abans d'exercir l'acció.

No tota clàusula contrària a l'interès d'un consumidor és abusiva. La clàusula per la qual el venedor reté les quantitats pagades a compte en la compra d'un immoble, en cas d'incompliment pel comprador/consumidor de l'obligació de comparèixer a l'atorgament d'escriptura i pagar el preu restant, no és abusiva (STS 15.04.2014 i 21.05.2014).

La **nul·litat de les condicions contràries a la llei** es deriva del mandat de l'article 1255 CC, que permet els pactes de les parts sempre que no siguin contraris a la llei. Així, una condició que eximeixi l'empresari de la seva responsabilitat per dol és nul·la per ser contrària a l'article 1102 CC; o una que permeti el desistiment lliure d'una de les parts és nul·la per ser contrària a l'article 1256 CC. En canvi, una condició que eximeixi l'empresari de la responsabilitat derivada de la seva actuació negligent no és nul·la, però sí que pot ser abusiva.

Quan una condició general es declara nul·la, la clàusula queda exclosa i el contracte continua vigent, sempre que pugui subsistir sense tal clàusula (art. 10 LCGC). És una aplicació de la regla de la **nul·litat parcial**.

La llei fa una regulació de les **accions** que poden emprendre's en aquesta matèria. A part de les accions individuals que pugui exercir una part perjudicada, tenen més rellevància les **accions col·lectives**, que protegeixen l'interès general del consumidor. Són tres:

- **Acció de cessació:** perquè el demandat elimini la condició general declarada nul·la i s'abstingui d'utilitzar-la en el futur.
- **Acció de retractació:** perquè el demandat es retracti de la recomanació que va fer d'utilitzar condicions generals que s'han declarat nul·les i s'abstingui de recomanar-les en el futur (es refereix, per exemple, a associacions d'empresaris que hagin recomanat als seus integrants l'ús de certes clàusules).
- **Acció declarativa:** perquè es declari que una condició general és nul·la.

Les sentències fermes en aquesta matèria s'inscriuran en un **registre de condicions generals de la contractació**, que malgrat el que el seu nom sembla que indiqui, no té cap eficàcia quant a oposabilitat de l'inscrit. Es tracta més aviat d'un registre informatiu, en el qual també poden inscriure's les condicions generals que empri una part, o la persistència en la utilització de clàusules declarades judicialment nul·les.

1.4. La intervenció del «consumidor» i, en particular, el règim de las clàusules abusives

El legislador espanyol i el comunitari parteixen del fet que cal **protegir especialment l'interès del consumidor**, que es considera la part «feble» en la contractació, sovint enlluernat pels dots de persuasió o per la publicitat de l'empresari, sense cap informació sobre el producte o servei, objecte de tècniques agressives de venda, etc. Si bé aquesta visió és, de vegades, massa «victimista», el fet és que el legislador dicta normes específiques per protegir al consumidor.

Bona part de les normes que es trobaven disperses es van recollir el 2007 en el **text refós de la Llei general per a la defensa de consumidors i usuaris** (a partir d'ara, LGDCU). S'hi regulen, per exemple, les «clàusules abusives», a les quals hem fet referència en l'apartat anterior; conté un règim específic per als negocis efectuats fora de l'establiment (en els quals s'utilitza el «factor sorpresa», en abordar el consumidor en el seu domicili, al carrer o a la feina). Per això se li permet desistir del contracte dut a terme sense cap cost (art. 110 i s. LGDCU) i per als contractes portats a distància (per exemple, per internet, establint també un dret de desistiment lliure), o es regulen els viatges combinats concertats amb consumidors (art. 150 i s. LGDCU).

Per aquesta raó, sempre que en un contracte **intervinguí un consumidor** hem de tenir en compte que pot existir normativa específica d'aquest contracte per al cas; i, amb caràcter general, haurem d'aplicar les regles generals del text refós assenyalat, i també les específiques si ens trobem davant d'algun dels contractes regulats (compravendes de consum, contractes fora de l'establiment, contractes a distància, viatges combinats, etc.). En el dret comunitari projectat, igualment, es proposa una regulació general de la compravenda i de certs con-

Vegeu també

Per al tractament de totes aquestes qüestions ens remetem a l'exposició feta en altres materials docents de les assignatures específiques, com els preparats pels professors Enrich Muls, Enrich Schröder i Moreno Espejo per a l'assignatura optativa *Règim jurídic del mercat*.

Pàgina web recomanada

Pot veure's un fullet molt complet i il·lustratiu dels drets principals del consumidor a la Unió Europea a: http://ec.europa.eu/consumers/cons_info/10principles/es.pdf.

tractes de serveis per a contractes B2B (*business to business*), i després una regulació específica, més protectora del consumidor, en els contractes B2C (*business to consumer*).

Cal recordar que per a aplicar el règim especial de consumidors la Llei requereix que el subjecte actuï amb un propòsit aliè a la seva activitat comercial, empresarial, ofici o professió (art. 3 LGDCU). I que conforme a la doctrina del TJUE, tot i que l'acte realitzat estigui relacionat només en part amb la professió o ofici, el subjecte no actua com a consumidor, tret que l'ús professional sigui realment insignificant (STJUE 20.01.2001, As. Grüber).

1.5. Contractació electrònica

El comerç electrònic i, en general, la contractació a distància plantegen tot un cúmul de problemes nous respecte de la contractació «tradicional» que es formalitzava presencialment. En particular, pot ser que es desconegui la identitat de l'ofertant dels productes (amb els consegüents problemes per als casos de reclamació), que no es tingui la seguretat que el missatge electrònic que es rep no hagi estat manipulat per tercers, que el producte real difereixi de l'ofert a la xarxa, que el bé arribi molt tard, etc. Els mecanismes de control real que permet la compra presencial no hi són quan el negoci s'efectua a distància. Tots aquests problemes que va plantejar l'eclosió de la negociació per internet s'han intentant anar solucionant amb diferents normes, de les quals poden ressaltar-se'n dues en el dret espanyol.

Així, la identitat de l'emissor i el caràcter fidedigne (és a dir, que el contingut del missatge que es rep no estigui manipulat per tercers) i la confidencialitat dels missatges electrònics es poden assegurar utilitzant una «signatura electrònica reconeguda», que equival, jurídicament, a la signatura manuscrita. Aquest concepte, i també les garanties que han de complir-se perquè els dispositius de creació de signatura puguin ser considerats com a assegurances a aquests efectes, es regulen en la Llei 59/2003, de 19 de desembre, de **normes reguladores de signatura electrònica** (que transposa una directiva comunitària de 1999).

Qualsevol missatge enviat per via electrònica (un simple correu electrònic, per exemple) és una signatura electrònica, una comunicació de voluntat feta per aquesta via; però només equival a la signatura manuscrita si l'emissor disposa dels mecanismes d'encriptació i enviament que assegurin una impossibilitat de manipulació per tercers, i això és el que, entre altres qüestions, regula la Llei de signatura electrònica.

La Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i comerç electrònic (d'ara endavant LSSICE) ha comportat una regulació global i nova del marc de la contractació electrònica. Com el seu nom indica, no es refereix només (i ni tan sols de manera preponderant) al comerç electrònic, sinó a l'actuació en la comunicació i oferta de serveis o productes a la xarxa. La Llei, en efecte, regula més aviat l'estatut dels que ofereixen productes o serveis a la xarxa («prestadors de serveis»), i també el de les empreses que permeten el subministrament d'aquesta informació («operadors de xarxa»).

Vegeu també

Per tot això ens remetem a l'exposat en altres materials docents, com els preparats pels professors Oliva («Cap a la unificació de la contractació privada. El comerç electrònic») i especialment Peguera («Serveis de la societat de la informació i comerç electrònic»).

Quant al que ens interessa en aquests materials, fonamentalment contractuals, cal destacar que l'oferent ha d'**identificar la seva oferta comercial** com a tal, i s'exigeix una **informació precontractual i postcontractual** específiques. El contracte es perfecciona quan l'oferent coneix l'acceptació (o hagi de conèixer-la sense faltar a la bona fe). Però, a més, si l'acceptant és un consumidor se li apliquen altres normes defensores del seu interès (les de vendes a distància, amb la figura important del **dret legal de desistiment**, i una previsió general d'un **termini d'execució** de trenta dies, art. 92 a 113 LGDCU).

Nota

Al costat d'aquesta llei hem de tenir en compte altres normes sectorials, com la Llei de comercialització a distància de serveis financers destinats als consumidors, d'11 de juliol de 2007.

2. Els diversos contractes (mercantils) com a actuació dels particulars en el mercat

Sovint, quan s'estudien els contractes només s'exposen com a temes o com a negocis aïllats, i entenem la lògica de cadascun, però perdem de vista que **normalment els contractes no es formalitzen aïlladament sinó conjuntament**, perquè tots els que formalitzi una persona procurin una cobertura completa de totes les seves necessitats.

Per exemple, els **consumidors** formalitzem contractes de compravenda per a adquirir els béns de consum; obrim comptes corrents per a «guardar» el nostre salari i per a domiciliar tot un seguit de pagaments ordinaris (subministrament d'electricitat, càrrecs per targetes de compra i crèdit, etc.), i mantenim els diners en aquests comptes mentre no tinguem necessitat de gastar-los (dipòsits bancaris de diners); formalitzem contractes de transport per a enviar béns o per a rebre'ls; i contractem assegurances per a l'habitatge, per al cotxe i fins i tot per als supòsits de mort o jubilació (contractes d'assegurança). Per a adquirir o llogar l'habitatge ens dirigim a una agència immobiliària i veiem les seves ofertes (contractes de comissió o de corretatge), i si necessitem finançament ens presentem a l'entitat bancària per a obtenir un préstec (crèdit al consum). Per vacances contractem un paquet de viatge, més l'hotel i visites guiades (contractes de viatge combinat), etc. Els contractes se celebren conjuntament, i amb una visió unitària, sovint uns dependents d'uns altres (els préstecs bancaris que sol·licitem dependran de les adquisicions que fem, i aquestes, al seu torn, del salari que percebem).

Amb l'activitat de les **empreses** passa exactament el mateix, però, lògicament, a una escala molt més gran més complexa. En realitat, el que solem denominar «contractes mercantils» no són més que l'actuació real d'una empresa qualsevol, que produeix béns i serveis, compra i ven, fa assegurances, transports, contractes d'intermediació, contractes de distribució, etc., i tot això amb el finançament adequat.

En aquest apartat **començarem prenent com a exemple una empresa mitjana** que fabriqui béns a partir d'una sèrie de matèries primeres. Suposem que aquesta empresa està **constituïda com a «societat anònima»** (també podria ser un empresari individual, una societat de responsabilitat limitada, etc.). Veurem quins **contractes ha de concertar per a fer tota la seva activitat**, i procurarem entendre com es lliguen i entrecreuen les diverses prestacions (i obligacions i responsabilitats) derivades de cada negoci. Lògicament, no tractarem la **part «laboral» de la contractació** (contractes amb els seus treballadors), ja que tot i essent molt important, s'estudia en altres assignatures diferents.

Vegeu també

La majoria dels contractes ja han estat tractats en altres assignatures, bona part en l'optativa Dret de la contractació, per això no farem una exposició profunda de cadascun, sinó que només recordarem les qüestions que causen conflictes més comunament. A més, reprendrem conceptes exposats en el «Dret de societats» tractat dins de *Dret mercantil II*, mòduls 1 a 3. Encara que compartimentem el grau en diverses assignatures, per a poder aprendre els conceptes amb més facilitat, només una visió conjunta de totes les matèries permet comprendre la lògica del dret. Per això aquest apartat és un «reestudi» o una «relectura» de temes ja estudiats en un altre moment. A més, i com es veurà, en la vida real una mateixa necessitat pot cobrir-se amb contractes estudiats en diversos camps. Igual que les *assignatures*, els *temes* no són més que talls totalment convencionals però irreals: tots els temes es relacionen entre si.

2.1. El finançament de l'activitat (d'empreses i particulars).

Mercats de crèdit i de valors

En el primer que pensa una empresa és en com finança la seva activitat, com obté els fons per a dur a terme la seva actuació, per a explotar l'objecte social: en aquest cas, la fabricació de béns. Com bé sabem, aquests recursos poden ser:

a) Recursos propis. Els constitueixen el capital més les reserves. Es denominen *recursos propis* perquè no cal retornar-los als socis, ni a curt ni a mitjà termini (només es «retornen» en liquidar-se la societat o –més rarament– si es redueix capital amb devolució d'aportacions). El **capital**, en aquest sentit, consisteix en les aportacions inicials fetes pels socis, iguals al valor nominal de les accions subscriïdes per cadascun. Serà bé **capital fundacional**, bé **ampliació de capital** acordada durant la vida de l'empresa. En tots dos casos l'emissió d'accions es fa en el **mercat primari de valors** (vegeu més endavant, apartat «Operacions en el mercat primari: emissió de valors») i, si les accions cotitzen, podran vendre's en el mercat secundari borsari (la qual cosa fa més atractiva la subscripció o la compra, ja que serà més fàcil «liquidar» la inversió en qualsevol moment). Les **reserves** seran, entre altres, bé les reserves per prima (si per cada acció es va pagar més que el seu valor nominal), bé les reserves constituïdes pels beneficis no repartits com a dividendes.

Per això, el «patrimoni» de la societat es mesurarà per la suma de capital més reserves, i pot ser un bé molt superior al «patrimoni inicial» amb el qual va néixer l'entitat (ha tingut guanys i en part els ha estalviat), un bé molt inferior (ha tingut pèrdues i segons quina sigui la situació hauria de dissoldre's, ampliar capital o demanar la declaració de concurs).

b) Recursos aliens. Normalment els fons propis no són suficients per a finançar una entitat, i per això cal demanar diners prestats. Al seu torn, aquests préstecs poden ser:

- **Préstecs bancaris**, sol·licitats a entitats de crèdit o un altre tipus de prestadors professionals.
- **Préstecs sol·licitats a tercers**, entre els quals és molt comú que siguin **els mateixos socis** els que presten diners a la societat. Sovint, els socis prefe-

Vegeu també

Els contractes de finançament, bancaris i de garantia s'exposen amb detall en l'assignatura optativa *Dret de la contractació*. Per a evitar duplicitats ens remetem a l'exposició esmentada.

reixen «prestar» diners a la societat que finançar la seva activitat aportant capital: el préstec es recuperarà a curt, mitjà o llarg termini, i amb un interès; en canvi, el capital aportat no es recupera i la retribució consisteix en un dividend el repartiment i quantia del qual no és segur (depèn no solament que la societat tingui beneficis sinó que els reparteixi).

- **Préstecs sol·licitats al públic**, mitjançant l'emissió d'obligacions, que es col·loquen en el **mercat primari de valors** (vegeu més endavant l'apartat «Operacions en el mercat primari: emissió de valors»).

El préstec de diners pels mateixos socis no és il·legal, però en cas de concurs i segons les circumstàncies aquests socis serien, per aquest concepte, creditors subordinats (si no hi ha diners per a pagar tots els deutes, és lògic que els *insiders* recuperin els seus diners en pitjors condicions que els creditors aliens a l'entitat).

A part d'aquestes formes de reunir fons, l'empresa **normalment també finança la seva activitat de moltes altres maneres**, ja estudiades en altres temes. Així, i per posar només alguns exemples:

- Les factures que tingui per cobrar, normalment les descomptarà en el seu banc, que li anticipa l'import, però «amb la reserva acostumada» (**contracte de descompte bancari**), bé n'encarregarà el cobrament (sovint amb bestreta de l'import) a una empresa de facturatge (**contracte de facturatge**).

Recordem que en el contracte de facturatge l'empresa pot simplement encarregar-se del cobrament de les factures en el seu venciment, però és més comú que, a més, anticipi part de l'import d'aquestes factures al client, i fins i tot assumeixi el risc d'impagament (encara que el deutor no les pagui voluntàriament, l'empresa de facturatge assumirà aquest impagament i no recuperarà els diners anticipats del client). Més comú al nostre país és recórrer al descompte bancari, pel qual l'entitat de crèdit anticipa l'import dels crèdits descomptats, «amb la reserva acostumada» (és a dir, si el deutor no els paga en el seu venciment, el banc podrà recuperar els diners del client i retornar-li el crèdit perquè s'ocupi ell del seu cobrament).

- És molt comú que no adquireixi tots els béns d'equip mitjançant compra-venda sinó que concerta un **contracte de lísing o arrendament financer** per a poder utilitzar-los durant la seva vida útil, amb una opció de compra al final del contracte; o un **contracte de rënting** per a utilitzar-los sense opció de compra. Tot això li permet no efectuar un fort desemborsament inicial, però a més beneficiar-se de la deducció de les quotes pagades en l'impost de societats.

Com recordem, en el contracte de lísing és l'usuari qui escull el bé i n'encarrega l'adquisició a l'empresa de lísing. Aquesta adquireix el bé i en cedeix l'ús mitjançant una renda a l'usuari, per un termini que normalment és el de vida útil del bé. Al final del termini l'usuari ha de tenir un dret d'opció de compra del bé (altrament no es tractaria d'un lísing sinó d'un simple arrendament d'alguna cosa o d'un rënting), que normalment exercirà (perquè el preu és molt baix).

- Per a les operacions diàries normalment tindrà oberta una o diverses línies de crèdit (**contracte d'obertura de crèdit**), que li permetran disposar de diners quan li calgui, fins a un límit; però també anar amortitzant el saldo deutor amb diversos ingressos (pagaments de deutors, descompte d'efectes, etc.). En aquests negocis, el tipus d'interès s'aplica a la quantitat de diners

efectivament disposada en cada moment, tenint en compte els càrrecs, però també els abonaments.

- De vegades el finançament prové dels **mateixos proveïdors**, que serveixen mercaderies i que en fixen un termini de pagament que permet a l'adquiridor elaborar el bé, vendre'l i obtenir així els fons amb els quals satisfer el pagament i pagar l'activitat.

D'aquesta manera, l'empresa no solament **obté el capital inicial necessari per a començar la producció**, sinó que a més **es va finançant mentre desenvolupa la seva activitat**, i obté la liquiditat de les factures encara no vençudes, amb la possibilitat d'obtenir diners a crèdit per a necessitats puntuals, etc.

Per descomptat que per a formalitzar molts d'aquests préstecs, crèdits, descomptes, etc., les entitats de crèdit o els venedors solen exigir la prestació de **garanties** per a assegurar el compliment de les obligacions assumides. Poden ser **garanties reals** (afectar un bé al pagament, de manera que si aquest no s'efectua, el creditor pugui instar la venda del bé i cobrar-se amb el preu obtingut), o **garanties personals** (una persona diferent del deutor s'obliga al pagament, si aquest no s'efectua). Dins d'aquestes últimes cal destacar el següent:

- En el supòsit de **fiança** és molt comú que el fiador **renunciï al benefici d'excussió** i **s'obligui solidàriament** (són conceptes diferents, si bé se solen pactar conjuntament com si fossin el mateix), de manera que el creditor pugui dirigir-se indistintament contra deutor o fiador. Això no afecta el fet que la fiança continuï sent accessòria, en el sentit que el fiador s'obliga al mateix que el deutor i podrà oposar els pagaments fets per aquest, els defectes existents en la relació deutor-creditor, etc.
- Actualment és molt comú que el garant **s'obligui a primera demanda** o mitjançant **garanties independents**. Això significa que l'obligació de pagament s'assumeix amb independència de les vicissituds de la relació que hi hagi entre el deutor principal i el creditor. El garant s'obliga a pagar si el creditor li reclama, sigui quina sigui la relació deutor-creditor, i sense poder oposar tal relació. Si el creditor reclama més del degut, el deutor podria després emprendre una acció contra ell per haver-se prevalgut de la garantia a fi d'obtenir un pagament excessiu.
- En el cas d'existència de grups de societats, però també per a qualsevol garantia, s'estén l'ús de **cartes de patrocini**. En el supòsit més comú d'aquestes, la «societat mare» o dominant comunica al creditor, o possible creditor, d'una filial que aquesta es troba dins del grup i que la societat dominant hi dóna suport. Aquest suport pot tenir un abast purament concret, de manera que la dominant no es compromet a res; o pot abastar compromisos d'ampliar capital per a atendre les necessitats de pagament

Nota

Vegeu diferents supòsits de «cartes de patrocini», d'abast molt divers, en les STS de 16 de desembre de 1985, 30 de juny de 2005, 13 de febrer de 2007 i 18 de març de 2009.

del préstec, o compromisos de pagament en cas que la filial no pugui satisfer el crèdit objecte de la carta.

2.2. Contractes relacionats amb propietat intel·lectual i industrial. Publicitat i publicació de l'empresa

Comunament, per a desenvolupar la seva activitat l'empresa fa una sèrie d'estudis previs per a dissenyar tant el producte que comercialitzarà com les seves diferents formes presentació i, per descomptat, la mateixa forma de presentació o exteriorització de l'empresa. Actualment, és molt probable a més que es vulgui crear una pàgina web de l'empresa, sigui simplement per a mostrar la seva activitat, sigui també per a comercialitzar-hi els seus productes o serveis. En aquest sentit cal distingir una sèrie de negocis com els següents, ja exposats en altres parts d'aquesta assignatura o en assignatures diferents.

Si l'empresa recorre a professionals de la publicitat a l'hora de dissenyar els productes i les seves campanyes de publicitat, ens trobarem en l'àmbit dels **contractes publicitaris**, esmentats (i regulats, però mínimament) en la Llei 34/1988, general de publicitat (LGP). Normalment s'encomana a aquestes empreses la creació d'elements publicitaris (un logotip, un spot publicitari, cartells, etc., però també el mateix disseny de la pàgina web; és l'anomenat **contracte de creació publicitària**, art. 20 LGP), de vegades amb prestacions més complexes per a fer una campanya publicitària completa (creació, preparació, programació i execució de publicitat; és el **contracte de publicitat**, art. 13 LGP). Per a fer-ho, l'agència, o l'empresa anunciant, contractaran l'emissió d'aquesta publicitat en els mitjans de difusió adequats (**contracte de difusió publicitària**, art. 17 a 19 LGP). L'empresa també podria contractar la col·laboració d'una entitat esportiva, benèfica, cultural, científica o d'una altra mena en la realització de la publicitat d'aquella (**contracte de patrocini**, art. 22 LGP).

L'empresa determinarà quins termes i dibuixos serveixen per a designar els seus productes, per tal de diferenciar-los dels competidors i aconseguir que els seus destinataris els identifiquin. Aquest signe distintiu és l'anomenada **marca**, regida per la Llei 17/2001, de marques, que no podrà ser idèntica o semblant a les ja existents per a designar productes o serveis idèntics o similars, i que normalment l'empresari registrarà per a poder gaudir així del seu ús exclusiu. A part d'aquesta funció identificadora, podrà buscar-se que la marca tingui un efecte evocador i d'atractiu publicitari.

Pot ser que l'empresa utilitzi invencions noves d'aplicació industrial en el seu procés productiu: són les anomenades **patents**, regides per la Llei 11/1986 i, a partir del 17 d'abril de 2017, per la Llei 24/2015, de 24 de juliol. Si aquesta invenció és del mateix empresari, normalment la registrarà, la patentarà, per

Vegeu també

Les patents, marques i noms de domini en *Dret mercantil I*, i els altres contractes en els diferents mòduls de l'assignatura optativa *Dret de la contractació*.

Marca notòria

Una «marca notòria» també està protegida encara que no estigui registrada, però és millor registrar la marca si es vol obtenir una protecció inicial forta en la qual s'afermi com a «notòria» per a obtenir aquesta protecció posterior.

tal d'obtenir el dret d'ús exclusiu durant vint anys; si és una patent de titularitat d'un altre subjecte, n'haurà d'obtenir **licències** per a poder utilitzar-la en el seu procés productiu.

Si l'empresa vol mostrar-se a través d'una pàgina web, podrà dissenyar-la la mateixa empresa o encarregar-ho amb un **contracte de creació de pàgina web**. Amb aquest contracte, l'empresari que vol anunciar els seus béns o serveis per internet aporta el text i les imatges, i el creatiu dissenya la pàgina, els enllaços (*links*), la disposició dels textos, etc. La creació de la pàgina web és considerada una **propietat intel·lectual del creador**, que normalment és l'empresa publicitària o de disseny (podria ser una creació conjunta del client i de l'empresa de disseny si ja les ordres i instruccions d'aquell eren una novetat creativa rellevant). Per això, el millor és determinar clarament que el dret d'explotació de la pàgina i de fer-ne variants (una «transformació» de la propietat intel·lectual), correspon a l'empresari que encarrega la creació (encara que l'autoria de la pàgina sempre correspondrà a l'autor, perquè el «dret moral» de creació sempre és de l'autor).

Quan es creen pàgines web molts vegades s'hi posen «enllaços» a fotos o textos protegits, que, no obstant això, l'usuari considera que són d'ús lliure perquè estan «penjats» a la xarxa amb aquesta aparença. En aquesta matèria és molt rellevant l'STJUE de 8 de setembre de 2016, que ha establert que resulta il·lícit, com a regla, l'enllaç a una còpia no autoritzada de qualsevol obra protegida pels drets d'autor. Però que, no obstant això, l'enllaç en qüestió pot no constituir un acte de comunicació pública, i per tant ser lícit, quan es compleixin dues condicions simultàniament: a) que aquesta activitat d'enllaçar s'efectuï sense ànim de lucre, i b) que qui posi l'enllaç no sàpiga i no pugui saber raonablement que es tracta d'una còpia pirata.

A continuació, per a aconseguir la visualització i difusió de la pàgina cal contractar, a més, els diversos serveis que en permetin la «gestió», la modificació, l'actualització, etc., i la difusió a la xarxa. De vegades es contracta un servei d'allotjament de maquinari (*housing*) perquè una empresa especialitzada allotgi físicament el servidor adequadament (climatització, seguretat) i proveeixi el corrent elèctric i la connectivitat a internet; altres vegades, un servei més complet d'allotjament, en què l'empresa especialitzada s'encarrega del manteniment, de la gestió d'antivirus, de les còpies de seguretat, etc. A més, òbviament, l'empresari haurà de contractar la difusió de la pàgina amb algun dels **proveïdors d'accés** a serveis d'internet.

Si a part de tenir una pàgina web per a presentar a l'empresa i els seus productes i serveis, es vol fer la **comercialització dels productes i serveis a distància per internet**, caldrà, a més, el programa informàtic adequat (sobre el qual es tractarà a continuació) i tenir en compte els problemes afegits que comporta aquesta tècnica. Així, a part de la submissió dels contractes a les regles del comerç electrònic i a les regles de protecció de consumidors en negocis a distància (quan l'adquiridor tingui la condició de consumidor), l'empresari haurà de valorar si **limita la visualització de la pàgina** a certes àrees territorials, i disposar a més de la xarxa de distribució adequada per a un **compliment òptim dels terminis de lliurament**.

Nota

La creació d'una pàgina web converteix l'empresari en un «prestador de serveis de la societat de la informació», sotmès al règim jurídic establert en els articles 10 a 17 LSSICE.

En general, un dels problemes del comerç electrònic és que l'adquiridor dels béns o serveis pot ser nacional de països amb un règim jurídic molt diferent, i que a més pot ser imperatiu (per exemple, si l'adquiridor és consumidor). D'aquesta manera, l'empresari pot veure sotmès el seu negoci a un dret que desconeix i que pot ser especialment rigorós. Això és e que està impeding un auge encara més gran del comerç electrònic, i per això l'empresari podria tenir interès a limitar l'àmbit geogràfic des del qual pugui ser visionat i en el qual pugui fer-se la contractació.

Igualment, el comerç electrònic abarateix els costos de negociació (no cal obrir un establiment físic), però incrementa els costos d'execució (lliurament del bé, de vegades en llocs molt allunyats del centre d'operacions o del magatzem). Per això, cal implementar una bona xarxa de distribució, que permeti minimitzar costos i complir les comandes a temps. Això, també, pot determinar una reducció de l'àrea geogràfica que es pot atendre adequadament.

Exemple: el cas Vuitton

Suposem que l'empresari del nostre exemple fabrica bosses de pell, semblants en la seva forma (si bé de pitjor qualitat i un preu molt més baix) a les de Vuitton. Podria fer publicitat del seu producte fent que en els cercadors d'internet, quan s'introdueix el terme «Vuitton», apareguin els seus productes com a imitació o de «tipus Vuitton»? I, en aquest cas, respondria el cercador d'internet per a permetre un ús d'aquest tipus del terme «Vuitton», que és una marca notòria en el mercat?

És el cas resolt per l'STJUE de 23 de març de 2010 (i en sentit semblant, respecte d'una marca de sabates, per l'STS, sala 1a., 26 de febrer de 2016). El tribunal europeu va considerar que el titular de la marca pot impedir tal publicitat, però només si «aquesta publicitat no permet o gairebé no permet a l'internauta mitjà determinar si els productes o serveis inclosos en l'anunci procedeixen del titular de la marca o d'una empresa econòmicament vinculada a aquest o si, per contra, procedeixen d'un tercer». I això ho ha de jutjar el tribunal nacional. Si per a un «internauta mitjà» aquesta publicitat no condueix a confusió, de manera que és evident que aquests productes no són de Vuitton, la pràctica estaria permesa. Quant a la tasca del cercador d'internet, el Tribunal considera que el cercador no fa un «ús» de la marca, i a més en allotjar aquestes dades normalment no exerceix un paper actiu que pugui donar-li coneixement o control de les dades emmagatzemades. Ara bé, «si no exerceix un paper d'aquest tipus, no pot considerar-se responsable el prestador de les dades emmagatzemades a petició de l'anunciant, tret que, després d'arribar al seu coneixement la il·licitud d'aquestes dades o de les activitats de l'anunciant, no actuï amb promptitud per a retirar les dades o fer que l'accés a aquestes sigui impossible».

Les noves tècniques informàtiques han permès l'automatització de moltes de les tasques i operacions de suport que es feien manualment a les empreses (gestió de comandes i factures, comptabilitat, documents del personal laboral de l'empresa, etc.). Existeixen **programes informàtics de gestió d'empreses**, sovint específics per a certs sectors, que abarateixen molt el cost de gestió i la fan més efectiva i ràpida. Els autors d'aquest programari (programa que està protegit com a propietat intel·lectual) el comercialitzen per a obtenir una rendibilitat, i sovint combinen la llicència del programa amb altres contractes accessoris a fi d'aconseguir la total «**informatització**» **d'una empresa**. Aquesta operació sol comportar:

- **Contracte de llicència de programari:** el titular del programa o programari concedeix un dret d'ús d'aquest a l'empresari. Sovint el programa s'adapta a les necessitats específiques de l'empresa, o fins i tot el programa es crea –a partir d'una base– tenint en compte les indicacions i necessitats de l'empresa, la qual cosa comporta un cost més gran per a l'empresari, però també més eficàcia. Normalment s'estableix quants i quins ordinadors de l'empresa tindran instal·lat aquest programa i podran utilitzar-ho alhora.

- Contracte d'**escrow**: s'estableix que el proveïdor o llicenciador del programari lliuri una còpia del «codi font» a un tercer. Aquest conserva la còpia, a la qual podrà accedir el llicenciatari en certs casos pactats (normalment concurs del llicenciador, canvi en la titularitat o activitat del llicenciador, incompliment de les seves obligacions, etc.). D'aquesta manera, el llicenciador no és l'únic posseïdor del codi font, la qual cosa li atorgaria una posició dominant excessiva.
- Contracte de **còpia de seguretat (back-up)**: es «diposita» en un centre informàtic especialitzat una còpia del sistema informàtic del client, perquè aquest pugui recuperar-lo en casos de desastre informàtic (incendi de l'empresa, sabotatge, etc.). Periòdicament (cada dos o tres dies) es fa automàticament una còpia del sistema informàtic perquè estigui actualitzat.
- Contracte de **venda i instal·lació de material informàtic**: sovint el llicenciador s'encarrega, a més, de proveir i col·locar els ordinadors i perifèrics adequats per al programa que llicencia. Es tracta d'una venda «ordinària».
- Contracte de **formació del personal**: l'empresa informàtica sol ensenyar els operaris que s'encarregaran de fer servir el programari, designats per l'empresari, com utilitzar-lo i treure'n el màxim rendiment.
- Contracte d'**assistència tècnica**: el més comú és que l'empresa informàtica es comprometi, mitjançant un contracte –i un preu– independent dels anteriors, a resoldre les consultes de l'empresari i també a reparar avaries o fallades del sistema.

Cal recordar-se que en tota aquesta matèria, quan es comercialitzen béns o serveis protegits per drets de patents, marques o propietat intel·lectual, s'aplica el **principi d'esgotament comunitari**. És a dir, el dret d'ús exclusiu que confereixen patents, marques i propietat intel·lectual s'esgota amb la primera venda que l'empresari dugui a terme dins de la Unió Europea. A partir d'aquí, qualsevol adquiridor dins de la Unió podrà tornar a comercialitzar el producte o servei, a la mateixa zona o (el que és més comú) en una de diferent (normalment, una en la qual aquest producte o servei es comercialitzi a un preu notòriament superior). D'aquesta manera, els drets d'exclusiva no impedeixen l'existència de mercats paral·lels als del titular de l'exclusiva.

Recapitulant el que s'ha dit fins ara, amb tots aquests negocis l'empresa que és objecte de les nostres consideracions ja està **preparada per a oferir els seus productes o serveis**: ha obtingut finançament per a desenvolupar la seva activitat; ha dissenyat el seu producte o servei, l'ha protegit amb els drets d'exclusiva que puguin ser adequats i l'ha publicitat; disposa a més de mecanismes que fan visible l'empresa en el mercat i que poden, fins i tot, permetre la contractació electrònica, i disposa del programa de gestió informàtica i la formació adequada dels seus empleats. A partir d'aquí podrà desenvolupar la seva activitat. Òbviament, no sempre tots els negocis tractats fins ara són

«previs», temporalment parlant, a la producció i comercialització. Sovint, es comença amb un finançament mínim i uns productes bàsics, i després es va millorant el disseny, la protecció de l'exclusivitat, la visualització de l'empresa, els canals de comercialització, etc. El rellevant és comprendre que **tots aquests negocis que fa l'empresa estan interconnectats i són interdependents**, i que tots són necessaris per a desenvolupar amb més èxit l'activitat.

2.3. Compravenda i altres contractes de canvi

Òbviament, per a desenvolupar la seva activitat l'empresari haurà de disposar dels **locals adequats**. Aquests locals podrà haver-los adquirits en propietat (contracte d'adquisició d'immobles, normalment estudiat en dret civil), o bé haver obtingut un dret a utilitzar-los amb un contracte d'arrendament (regulat, parcialment, per la Llei d'arrendaments urbans, amb una admissió més àmplia de l'autonomia de la voluntat que la de l'antic règim del «lloguer de local de negoci»). En ocasions, pot ser que l'empresari hagi **adquirit tot un establiment mercantil** ja organitzat o fins i tot una **empresa en funcionament**.

Suposem que l'empresari produeix béns a partir de certes matèries primeres, i per això els negocis de compravenda (compra de matèries primeres i venda dels productes ja elaborats) constitueixen una part central de la seva activitat. Respecte de les compravendes hem de tenir en compte especialment el següent:

En primer lloc, continua havent-hi una **distinció legal entre compravendes civils i mercantils**. Conforme a l'art. 325 CCom, serà mercantil «la compra de coses mobles per a revendre-les, bé en la mateixa forma que es van comprar, bé en una altra de diferent, amb ànim de lucrar-se en la revenda». D'acord amb això, i amb les excepcions contingudes en l'art. 326 CCom:

- No són mercantils les **compres fetes per consumidors**, ja que el consumidor no compra per a revendre (art. 325 CCom) i, a més, expressament les exclou l'article 326.1r. CCom. Així es recull en les STS de 3 de maig de 1985, 18 de març de 1995 o 10 de novembre de 2000. De totes maneres, part de la doctrina mercantilista defensa la mercantilitat d'aquestes compres per diverses raons tècniques i sociològiques.
- No són mercantils les **venes fetes per ramaders, agricultors i artesans**, encara que qui compri ho faci per a revendre amb ànim de lucre, atès que n'exclou la mercantilitat l'article 326.2n. i 3r. CCom per raons històriques.
- Sembla que seran mercantils les compres de matèries primeres o de béns que es **revenen transformats en uns altres o incorporats en béns més complexos**, ja que s'han adquirits per a revendre'ls transformats (art. 325 CCom).

Vegeu també

Aquestes qüestions han estat estudiades en el material docent *Dret mercantil I*.

Exemples

Així, s'ha considerat mercantil la compra de peces de fusta d'eucaliptus destinades a ser col·locades en el terra d'habitatges que la compradora edificava per a ser venuts (STS 12.03.1982); la compra de teixit per a elaborar peces de vestir, fabricades per a la venda (STS 19.12.1984); la compra de pinso per a gallines ponedores, els ous de les quals després eren comercialitzats pel comprador (STS 24.01.1992), o la de pinso (ordi) per a les necessitats de l'adquiridor (STS 23.01.2009); la compra de peces de pell per a l'elaboració de sabates que la compradora pensava vendre (STS 5.11.1993); la de betum elastòmer que després s'utilitzava per a asfaltar la carretera (STS 10.03.1994); o la compra de paper per a ser transformat en etiquetes i collets (STS 15.12.2005). Però no sempre la jurisprudència és conforme a aquesta línia majoritària.

- Sembla que seran civils les **compres de maquinària o de béns destinats a fabricar o manipular mercaderies**, ja que aquestes màquines no es re-venen després i no formaran part del producte que s'hi elabori.

Exemples

Així, és civil la compra de maquinària per a la mòlta d'oliva i extracció d'oli, sense ànim de revendre el molí ni la seva maquinària ni les seves peces per a obtenir un lucre en la revenda (STS 7.06.1969), o la compra d'una finca per a destinar-la a la ubicació de les instal·lacions industrials de la compradora (STSJ Catalunya 20 novembre 1995).

La qüestió de la mercantilitat de certes vendes ha estat molt tractada per la jurisprudència perquè existeixen **certs punts de la regulació de tots dos codis (CCom i CC) que són divergents**. Així, en el cas de vicis ocults, el termini perquè el venedor pugui posar-los de manifest al comprador és de trenta dies en la compra mercantil i de sis mesos en la civil (vegeu art. 342 CCom i 1490 CC); i quant a la transmissió del risc, en la compra mercantil es produeix amb la posada a disposició o lliurament (art. 333 CCom), mentre que en la civil, segons la interpretació majoritària, opera des de la perfecció del contracte (art.1452 CC). D'aquesta manera, si la reclamació per vicis ocults es produeix, per exemple, al cap de dos mesos del lliurament, haurà prescrit el dret del comprador si la compra és mercantil, però perviurà si és civil; o si la cosa es perd per cas fortuït entre el moment de perfecció del contracte i el pactat per al lliurament, la pèrdua serà a càrrec del comprador en el cas de compra civil, i del venedor si el contracte és mercantil. Cal tenir en compte que, segons el que s'ha dit anteriorment, les compres que l'empresa efectuï de matèries primeres per a elaborar els seus productes o serveis seran mercantils (perquè compra per a revendre aquestes matèries, convertides en un altre producte o servei), tret que les compres siguin a agricultors, ramaders o artesans dels seus productes, que serien civils i regulades pel CC; igualment ho serien les vendes dels productes elaborats fetes a intermediaris o minoristes, però no les vendes a consumidors (que constituïrien vendes civils, però regulades per l'LGDCU).

Vicis ocults davant de lliurament «de cosa diferent»

En la pràctica dels tribunals espanyols és molt comú que en els casos en què els defectes són especialment rellevants i fan el bé totalment inhàbil per a l'ús normal que podria fer-ne l'adquiridor, es considera que no existeix «vici ocult», sinó lliurament de «cosa diferent» dels pactes (lliurament d'*aliud pro alio*). En aquests supòsits, per a denunciar el defecte no s'aplicaria el termini de trenta dies o sis mesos (segons si la compra és mercantil o civil), sinó el de cinc anys propi de l'incompliment ordinari (art. 1964 CC). Vegeu, entre moltes altres, STS de 6 d'abril de 1989, 1 de març de 1991, 15 de desembre de 2005 o 22 de novembre de 2010. L'existència de simple vici ocult o de lliurament de cosa diferent es valorarà cas per cas.

En segon lloc, ha de tenir-se en compte l'existència d'una regulació especial en els articles 114 a 127 LGDCU respecte de les anomenades **compres de consum**, les fetes per un consumidor.

El règim és imperatiu i qualsevol clàusula no negociada individualment que modifiqui el règim legal en perjudici del consumidor seria considerada com a abusiva (art. 86.1 LGDCU). En canvi, en la compra civil o mercantil el règim dels vicis ocults sol entendre's com a dispositiu (art.1475.3 i 1485.2 CC i 345 CCom).

- Primer, no s'opera amb la institució dels «vicis ocults», sinó amb l'institut de la «conformitat» del bé, i el bé serà conforme si, entre altres coses (vegeu art. 116 LGDCU), s'ajusta a la descripció feta pel venedor i presenta la qualitat i prestacions habituals d'un producte del mateix tipus que el consumidor pugui fonamentadament esperar, tenint en compte la naturalesa del producte i, si escau, les declaracions del comprador i la publicitat duta a terme. Com es pot veure, el rigor per al venedor és molt més gran, ja que el producte ha de ser conforme amb el que el comprador pugui «fonamentadament esperar» d'aquest tipus de béns.
- Segon, el termini per a reclamar per les faltes de conformitat és de dos anys des del lliurament (art.123 LGDCU; en productes de segona mà serà el pactat per les parts, però mai inferior a un any).

Per això sol dir-se que els béns tenen una «garantia» de dos anys, en el sentit que els defectes originaris que es manifestin en aquest temps donen dret a reclamar. Aquesta garantia legal mínima pot ser ampliada per pacte entre les parts(vegeu art.125 LGDCU, sobre la «garantia comercial addicional»). Molts fabricants concedeixen una garantia igual als adquiridors que no siguin consumidors, per raons comercials de no discriminar-ne uns respecte d'uns altres (i perquè, sovint, no es pot saber si l'adquisició va a ser feta per a consum o per a ús empresarial o professional).

- Finalment, en els casos de falta de conformitat, el consumidor podrà optar entre la reparació o la substitució del bé, que hauran d'efectuar-se gratuïtament i en un termini raonable. Si no són possibles, o si no es fan en un termini raonable o sense inconvenients, el consumidor podrà triar entre una rebaixa del preu o una resolució del contracte (art. 118 a 122 LGDCU). L'exercici de les accions per falta de conformitat és incompatible amb el de les derivades dels vicis ocults (art. 117.1 LGDCU).

En tercer lloc, quan ens trobem davant d'una compravenda internacional (fonamentalment, en el cas que un ciutadà espanyol efectui una compravenda amb un ciutadà estranger que sigui nacional d'un país igualment signatari del Tractat) normalment s'aplica el règim del **Conveni de Viena sobre compravenda internacional** (Conveni de Viena, d'11 d'abril de 1980, CISG). En aquest règim tampoc s'utilitza la categoria dels vicis ocults, sinó que simplement la «falta de conformitat» del bé es tracta com un incompliment del contracte, i el comprador pot exigir la reparació o substitució del bé, o la resolució del contracte si l'incompliment és essencial, i una indemnització per danys i perjudicis (art. 46, 50, 25 i 74 CISG). Igualment, és remarcable que en el comerç internacional (i també en el nacional), quan venedor i comprador es troben en llocs diferents el normal és que adoptin una sèrie de regles encunya-

des per la pràctica comercial internacional denominades **Incoterms**. Aquestes regles no contenen un règim total dels drets i obligacions de les parts, però assenyalen fonamentalment quines prestacions corresponen a cadascun dels contractants i en quin moment el risc de pèrdua de la mercaderia per cas fortuït és a càrrec del comprador.

La Convenció de Viena també sotmet a la seva regulació el contracte mixt en el qual hi ha una compravenda i una prestació de serveis accessòria: per exemple, el comprador lliura uns materials i el venedor els munta o manufactura juntament amb uns altres (però els subministrats pel venedor no són la «part substancial» de tot el que es munta), i ven el resultat final al comprador.

Aquests Incoterms (acrònim d'*international commercial terms*) no són costum veritable, atès que no són normes que obliguin per si mateixes, sinó que obliguen les parts perquè aquestes, voluntàriament, n'han decidit l'aplicació.

Els Incoterms són fixats periòdicament per la Cambra de Comerç Internacional. No solament es refereixen al contracte de compravenda i a la transmissió del risc en aquesta, sinó també al transport (qui el contracta, qui el paga, des d'on es fa) i a l'assegurança. Si, per exemple, les parts estableixen que la compravenda s'efectua FOB (*free on board*), determinen que el venedor s'obliga a lliurar a bord d'un buc, en el port de sortida de la mercaderia, i fins llavors ell suporta les despeses del transport i el risc de pèrdua de la mercaderia per cas fortuït o força major; l'assegurança la contractarà el comprador i les llicències d'exportació les ha de gestionar el venedor. Cada Incoterm conté una regulació força detallada de múltiples aspectes contractuals.

En quart lloc, ha de recordar-se que hi ha una **regulació específica del comerç minorista** (és a dir, de l'activitat professional consistent a oferir la venda de béns als destinataris finals), feta per la Llei d'ordenació del comerç minorista (LOCM), de 15 de gener de 1996. Aquesta llei conté un conjunt molt heterogeni de normes, relatives tant a les condicions per a establir «grans superfícies» (hipermercats) en una localitat, com a certes vendes especials (vendes en rebaixes, en liquidació, de saldos, a distància, etc.). Tenia un especial interès la regulació que s'hi feia de les «vendes a distància», en els seus articles 38 a 48, però des de la reforma operada per la Llei 3/2014 aquestes es remeten al règim dels articles 92 a 113 LGDCU.

També ha de destacar-se la **Llei de venda de béns mobles a terminis** (d'ara endavant LVPBM), de 13 de juliol de 1998, les regles de la qual són imperatives. Aquesta llei es refereix a la venda de certs béns de caràcter durador quan són comprats a terminis en les condicions establertes per la Llei, que exclou les compres de béns destinats a la revenda al públic (que són mercantils). Possiblement, el més important d'aquesta llei és la regulació del Registre de Venda a Terminis de Béns Mobles, integrat en el Registre de Béns Mobles, i l'eficàcia que es dóna a les inscripcions que s'hi facin. Les parts poden pactar que la propietat del bé no s'adquireixi fins al pagament de l'últim termini (clàusula de «reserva de domini»). Si el contracte s'inscriu en l'esmentat registre, aquesta clàusula serà oposable a qualsevol tercer, encara que de fet no la conegui.

Així, per exemple, si el comprador que encara no ha pagat els terminis ven el bé a un tercer, en cas d'incompliment del pagament dels terminis el venedor podrà exigir a aquest tercer que pagui la quantitat que reclama o que desempari el bé (art. 16.3 LVPBM). Aquesta regulació es justifica perquè aquest tercer hauria de conèixer, ja que estava publicat, que el bé havia estat comprat a terminis i que encara no estava pagat, de manera que

qui l'hi «va vendre» no n'era encara propietari. D'altra banda, si el bé venut a terminis amb reserva de domini en poder del comprador és embargat a aquest pels seus deutes, el venedor podrà alçar l'embargament acreditant que existeix pacte de reserva de domini inscrit al seu favor (art. 15.3 LVPBM).

En cinquè i últim lloc, dins dels contractes assimilats a la compravenda, té especial rellevància en l'àmbit mercantil el **contracte de subministrament**, ja que molt comunament les empreses contracten subministraments periòdics de matèries primeres amb els seus proveïdors, i igualment subministraments periòdics dels seus productes o serveis als intermediaris o als detallistes. El subministrament consisteix en el pacte pel qual es fixa una sèrie de terminis per al lliurament i pagament de certa quantitat de béns en cada termini. Es tracta, així, d'una cosa semblant a una sèrie de compravendes successives, ja prefixades en els seus terminis (i de vegades, també en les quantitats). El subministrament és el paradigma de contracte «de tracte successiu» (per exemple, a l'efecte de l'art. 61.2 LC), de manera que no és un negoci «d'execució continuada» o diferida (no s'executa una prestació en certs terminis), sinó que es desdobleja en «parelles de prestacions corespectives», en el sentit que cada prestació i contraprestació satisfà les necessitats de la contrapart per a aquest període. Com a contracte de tracte successiu, si es pacta per temps indefinit qualsevol de les parts podrà denunciar-lo (ja que no s'ha d'entendre que obligui per a tota la vida), avisant amb un preavís que permeti a la contrapart evitar les conseqüències perjudicials d'aquesta extinció.

2.4. Contractes d'intermediació i de distribució

Una vegada que l'empresa té elaborat el seu producte o servei, ha d'aconseguir clients que el comprin, i quan ja els ha aconseguit, ha de fidelitzar-los per tal d'assolir una continuïtat i un increment de les seves comandes. En aquesta tasca és fonamental el treball d'intermediaris o d'empresaris independents que aconsegueixen que els tercers adquireixin els béns i serveis. Els intermediaris actuaran per compte de l'empresari, en interès d'aquest, i el seu guany consistirà normalment en una comissió sobre el preu de les comandes. En canvi, els empresaris independents actuen pel seu propi interès, però indirectament, i en comercialitzar els productes o serveis de l'empresari també contribueixen al seu èxit i difusió. Aquests diversos contractes d'intermediació i de distribució són objecte específic d'altres assignatures, per la qual cosa aquí únicament hi farem una breu referència.

La tasca pot ser desenvolupada, com s'ha dit, per «intermediaris» que, per compte de l'empresari, busquen clients o fidelitzen els que ja es tenen. Aquests intermediaris poden actuar de maneres diferents:

- Pot **contractar ell mateix amb el tercer**, bé en nom propi o en nom aliè. L'intermediari no es limita a «buscar» persones que vulguin contractar amb el principal, sinó que a més contracta amb elles per compte (o, el que és el mateix, «en interès») del principal.

- Pot limitar-se a «**buscar**» **persones** que estan disposades a contractar amb el principal, en les condicions inicialment fixades per aquests, i, una vegada oposades, «posar en contacte» tercer i principal perquè aquests negociïn i, si convé, arribin a l'acord. Aquesta manera d'operar serà més adequada si al principal li interessa un tercer amb certes característiques personals específiques (per exemple, si vol llogar el pis, contractar un empleat, trobar una parella sentimental, etc.), ja que llavors voldrà conèixer-lo personalment abans de contractar-lo.

Quan el principal vol contractar un intermediari perquè dugui a terme una operació del primer tipus, formalitzarà un **contracte de mandat o de comissió mercantil**, en el qual el mandatari o comissionista contracta amb el tercer. Aquest contracte es regeix pel Codi civil o pel Codi de comerç (la regulació d'aquests dos cossos legals és molt semblant). Si, en canvi, el principal vol simplement que l'intermediari «promogui» un contracte buscant tercers i posant-los en contacte amb aquell, es tractarà d'un **contracte de corretatge**, que és una modalitat molt practicada però mancada de regulació legal. Finalment, si el principal necessita intermediaris que no facin una única operació del tipus abans esmentat, sinó que s'ocupin de manera estable de concertar contractes o de promoure'ls (per exemple, el comercial que ven cotxes –tants com pugui– d'una determinada marca; l'agència immobiliària a la qual s'encarrega la venda de diversos blocs de pisos; el comercial de banca que intenta vendre el màxim nombre de productes financers, etc.), serà un **contracte d'agència**, regulat per la Llei 12/1992. L'estabilitat de la comesa fa que les obligacions siguin parcialment diferents de les pròpies de la gestió d'un encàrrec únic, i la col·laboració és més dilatada en el temps i més intensa.

En nom propi i en nom aliè

Quan l'intermediari contracta amb tercers pot fer-ho de dues maneres: actuant «en nom propi» o «en nom aliè». Els dos codis admeten ambdues modalitats. Si el gestor actua «en nom propi» està ell obligat com a contrapart amb el tercer i no hi ha cap relació jurídica directa entre el principal i el tercer; en canvi, si actua «en nom aliè», ja expressa que la contrapart del tercer és el seu principal, de manera que els qui queden lligats són principal i tercer (el gestor no respondria, per exemple, dels possibles vicis del bé venut si el que s'hagués formalitzat fos una compravenda i ell fos intermediari per compte del venedor). Lògicament, cada modalitat serà més adequada per a certs tipus de contractes. Per exemple, qui vulgui comprar una casa preferirà que el seu intermediari actuï «en nom aliè», perquè així rebrà directament la propietat del tercer i podrà reclamar-lo per possibles vicis.

Aquests contractes d'intermediació es diferencien de la «**relació laboral**» que pot haver-hi entre un empresari i els empleats que va contractar com a «comercials», com a captadors de clients. Si l'intermediari és un empresari independent, amb la seva pròpia organització (mitjans materials, local i empleats propis, etc.), el que correspondrà és contractar-lo com a mandatari, comissionista, corredor o agent, segons el cas. Si, en canvi, el comercial no té mitjans propis i actua dins de l'àmbit d'organització del principal (en matèria d'horaris, organització, ús de mitjans materials, etc.), correspondria contractar-lo com a treballador (és una relació laboral especial regulada pel Reial decret

1438/1985). Aquest tipus de consideracions sobre la major o menor llibertat de l'intermediari per a organitzar el seu temps i els seus materials és que fa servir la jurisprudència per a determinar quin ha de ser el contracte formalitzat.

En efecte, podria produir-se el frau de contractar un «comercial laboral» qualificant nominalment el contracte d'«agència», perquè així no s'ha de cotitzar a la seguretat social ni s'han d'aplicar totes les regles defensives de l'interès del treballador (permisos, vacances retribuïdes, jornada màxima, etc.). En aquests casos, si l'intermediari contractat pogués provar que realment no disposava de mitjans propis ni de llibertat d'horaris, podria exigir posteriorment que ha existit un frau en la contractació i que se li han d'aplicar les conseqüències laborals de la seva relació. Aquest tipus de reclamació és molt comú en les relacions d'intermediació, vegeu STS de 2 de juliol de 1996 o de 21 d'octubre de 1996, de la sala social, o de 16 d'abril de 2007 de la sala civil, i STSJ (sala social) de Catalunya de 16 de febrer de 1999, del País Basc de 7 de juliol de 2009, de Catalunya de 5 de març de 2010 o de Madrid de 6 de maig de 2011.

Diferents jurídicament dels intermediaris, si bé compleixen una funció que pot ser materialment equivalent, són els **empresaris independents distribuïdors** dels productes o serveis de l'empresari. Dins d'aquests distribuïdors cal distingir dos grans grups:

- Pot tractar-se de compradors revenedors, que actuaran amb total llibertat a l'hora de revendre els béns. Aquest tipus de negocis serà, simplement, una compravenda mercantil (art. 325 CCom), ja que el majorista o detallista adquireidor ho fa per revendre.
- Pot tractar-se de **concessionaris, franquiciadores o distribuïdors selectius**, supòsits en els quals el distribuïdor actua en interès propi i assumint el risc empresarial, però sotmetent-se en part a les directrius i formes de presentació i actuació de la marca o servei del concedent/franquiciador. En aquests casos, la llibertat del concessionari/franquiciat està limitada (per haver de seguir les formes de presentació del producte o servei), però continua existint (altrament, l'acord resultaria totalment contrari al dret de competència, com després es dirà).

Respecte d'aquests contractes, només volem posar en relleu els dos problemes fonamentals que resulten més litigiosos i que són tractats en el material docent específic.

En primer lloc, i referit exclusivament als contractes de concessió i franquícia, aquests impliquen un **atac contra el principi de lliure competència**, perquè en dependre els concessionaris en la seva actuació de les ordres del concedent, ni són lliures quant a l'acompliment de la seva activitat ni competeixen obertament entre si. Aquest problema ha motivat que en el dret comunitari s'hagi dictat el Reglament comunitari núm. 330/2010, de 20 d'abril. Aquesta norma parteix d'una valoració positiva dels contractes de concessió i franquícia, però reconeix que comporten una restricció de la competència a causa de les clàusules d'exclusiva i a la subjecció a les ordres del franquiciat. Per això, el Reglament imposa una sèrie de límits a aquesta exclusivitat i determina quin

tipus d'ordres s'eximeix de la prohibició, perquè, encara que representen una restricció de la competència, produeixen uns efectes beneficiosos proporcionalment més grans.

Així, i entre altres regles, el Reglament prohibeix que el concedent imposi al concessionari els preus de revenda del producte o servei, si bé sí que pot recomanar-los-hi, o fixar uns preus de venda màxims. També es pot pactar en el contracte que el franquiciat no busqui activament clients fora del territori assignat, amb certs matisos; en canvi, no es pot pactar la prohibició de vendre a clients de fora d'aquesta zona quan hi acudeixen per pròpia iniciativa (dels clients).

Al costat d'aquesta norma, més general, cal fer esment de l'existència del Reglament 1400/2002 de la Comissió, de 31 de juliol de 2002, per als acords de distribució i de servei de venda i de postvenda de vehicles automòbils, que constitueix igualment un reglament d'exempció que estableix quines clàusules estan permeses en aquest sector.

La qüestió no és teòrica, ni nímia. Els nostres tribunals han determinat que si un contracte ha estat **qualificat per les parts com a agència per escapar de l'aplicació del Reglament comunitari**, no per això deixarà d'estar-hi sotmès (vegeu STS 15.01.2010 i 13.06.2011, ambdues referides a un contracte d'«abanderament» de gasolinera). L'agent està sotmès a les instruccions del principal i no li resulta aplicable l'esmentat Reglament comunitari; però sí que li ho és a un concessionari/franquiciat, encara que formalment sigui qualificat en el contracte com a agent (la jurisprudència l'anomena «agent no genuí»). I un «agent» que suporta els riscos del negoci (perquè adquireix els béns en ferm, perquè assumeix el risc d'impagament del client final, etc.) no és veritable agent, sinó concessionari o franquiciat. I si aquest contracte de concessió/franquícia, formalment denominat d'agència, conté alguna de les clàusules prohibides, serà nul tot sencer (no únicament la clàusula de fixació de preus). Així, un contracte d'abanderament de gasolinera en el qual s'imposés, de fet o de dret, el preu de revenda al concessionari, serà nul.

Un segon aspecte molt rellevant és el relatiu a la **indemnització per clientela** en els supòsits de terminació dels contractes de distribució (especialment en supòsits de concessió/franquícia; més rarament en supòsits de comprador/revenedor, tret que hagi actuat gairebé en exclusiva per a aquest producte). Finalitzat el contracte, es planteja si cal indemnitzar el distribuïdor per la tasca d'increment de clientela i de fidelització d'aquesta. Certament, el distribuïdor ja ha obtingut un guany, però ara seria el moment de valorar si mereix una indemnització per la tasca global duta a terme. En general, la jurisprudència ha reconegut aquest dret a una indemnització si el distribuïdor ha incrementat la clientela o les comandes del concedent, si cal esperar que els clients per aquell fidelitzats continuaran adquirint productes o serveis d'est, etc. En ocasions s'ha recorregut per a això a una aplicació purament analògica dels criteris utilitzats per l'article 28 LCAgència (STS 20.12.2005, 15.03.2011, 9.07.2015 o 16.03.2016, entre moltes altres).

De totes maneres, com que no hi ha cap norma imperativa com la del contracte d'agència, es fan precisions que difereixen d'aquesta regla. Així, s'admeten els pactes de renúncia prèvia a la indemnització o de fixació prèvia d'aquesta (STS 30.12.2010 o 25.04.2011), i el càlcul del màxim ja no pot fer-se sobre les comissions de l'agent, sinó sobre el benefici obtingut pel distribuïdor (el benefici net i no el marge comercial, STS 20.05.2009). D'altra banda, el termini de prescripció d'exigència d'aquesta indemnització no serà el de l'any

de l'LCagència, sinó el general de cinc anys (STS 16.02.2010). Finalment, també caldrà tenir en compte el mercat concret en el qual opera el distribuïdor, ja que, per exemple, en la distribució d'automòbils és possible que el client estigui més fidelitzat per la mateixa marca que per la feina del distribuïdor (STS 12.06.1999 o 4.03.2009).

2.5. Contractes d'arrendament de serveis, d'obra i de dipòsit

A part de tots els contractes que podrà formalitzar l'empresari ja estudiats, en molts casos es faran també diversos contractes de serveis, que poden incloure els aspectes més variats. Ja s'ha fet referència als diversos **serveis informàtics** que poden caldre per a fer publicitat de l'empresa o per a gestionar-ne l'actuació automatitzant certes activitats materials. També poden ser necessaris **serveis d'assessorament**, bé comercial (estudi de possibles nous mercats, de possibilitats d'expansió a altres territoris, de llançament de nous productes, etc.), bé financer (estudi de possibilitats d'inversió), o d'un altre tipus. També cal fer referència a l'anomenat contracte d'**externalització de serveis** (*outsourcing*). Consisteix que certs aspectes concrets, necessaris per al correcte desenvolupament de l'activitat però que resulten accessoris, s'encomanin a empresaris externs a l'empresa, en comptes de contractar com a empleats laborals persones que facin aquesta tasca. No es tracta de comissions o mandats, ja que l'encàrrec és dur a terme un acte material i no un acte amb rellevància jurídica. L'empresari pot així centrar-se solament en la seva tasca de producció específica, que és la que ell coneix i domina, sense dedicar esforços ni personal a les feines accessòries. Aquests contractes no tenen una regulació especial i es regeixen per les escasses regles relatives a l'arrendament de serveis i les de teoria general de la contractació.

Exemples

Els supòsits més comuns són encomanar les tasques de vigilància de l'empresa a una empresa de seguretat; el servei de menjador dels empleats a una empresa de restauració; la neteja, a una empresa d'aquest tipus, o la col·locació, manteniment i ensenyament de l'ús dels programes informàtics a una empresa d'informàtica.

Quant als anomenats **contractes d'obra**, o d'arrendament d'obra, pot donar-se el supòsit que l'empresari necessiti que una altra empresa especialitzada elabori un objecte (com una màquina) o un element més complex (un immoble, una nau industrial específica, etc.), de manera que se li encarregui una obra acabada. La diferència entre arrendaments de serveis i d'obra cada vegada és menys definida, igual que la tradicional dicotomia entre prestació de mitjans i prestació de resultat. En l'àmbit empresarial, el contracte típic d'arrendament d'obra se sol considerar el de transport, que després desenvoluparem més, però n'hi ha també altres, com els contractes de construcció de nau «clau en mà».

Finalment, també pot ser que l'empresari vulgui obtenir prestacions de **custòdia de béns**, pròpies del contracte de dipòsit. Aquest negoci es troba regulat per partida doble en els dos codis vuitcentistes i la seva importància real avui dia és limitada. L'obligació principal del dipositari és la «custòdia» del bé, de vegades amb prestacions molt específiques (com les de mantenir una temperatura adequada, o unes condicions d'humitat, o de seguretat, etc., cosa que

no desnaturalitza el contracte, que seguirà sent de dipòsit, STS 19.04.1988 o 30.07.1991), i també sovint amb prestacions accessòries de prestacions de serveis molt diversos.

L'obligació fonamental del dipositarí és la de custòdia del bé, la qual cosa implica guardar-lo en les condicions que siguin més adequades. Així, per exemple, respondrà de si ha deixat el bé exposat a les condicions meteorològiques i ha estat danyat per la pluja (STS 26.05.1980), i també si el bé exigia el manteniment en cambres frigorífiques a una certa temperatura, i així es va pactar, i s'ha incomplert tal circumstància (STS 30.07.1991 o 15.03.1995, entre moltes altres). La jurisprudència ha conclòs també en aquesta matèria l'existència d'una inversió de la càrrega de la prova, de manera que en supòsits de pèrdua el dipositarí respondrà tret que acrediti que la desaparició va ser per causes alienes a la seva voluntat (STS 24.07.2003).

2.6. Assegurament enfront dels riscos: contracte d'assegurança

Si bé alguns dels contractes a què ens hem referit fins ara pot ser que no siguin necessaris per a desenvolupar una activitat empresarial concreta, el que sí que serà gairebé inexorable és que l'empresari estipuli un o diversos negocis d'**assegurança**, per a cobrir-se davant d'algun o tots els riscos de l'activitat, que són molts. Tenint en compte els tipus recollits en la Llei de contracte d'assegurança, però també altres sorgits en la pràctica, l'empresari podrà fer, entre altres, les assegurances següents:

- Una **assegurança multirisc** per **danys** a les naus i establiments (contingents) i tots els components materials de l'empresa (continguts). Normalment, l'assegurança cobrirà tot tipus de danys, també els causats per **incendi** i **robatori**, amb les cobertures, delimitacions i clàusules que es pactin (art. 45 a 53 LCA). També podria incloure una **assegurança de responsabilitat civil** (art. 73 a 76 LCA), o bé pactar-la separatament, però aquest és també un risc molt rellevant en l'exercici de qualsevol activitat empresarial (danys a tercers causats per l'activitat, danys a treballadors, etc.). En totes aquestes assegurances serà rellevant, en cas de certs sinistres (com l'incendi que ho redueix tot a cendres o el robatori), provar la preexistència dels objectes, si bé el contingut de la pòlissa constituirà una presumpció a favor de l'assegurat quan raonablement no puguin aportar-se proves més eficaces (art. 38.2 LCA).
- Per a assegurar les mercaderies o els mitjans de transport propis quan els usi, podria concertar **assegurances de transport terrestre** (art. 54 a 62 LCA).
- Pot concertar una **assegurança de lucre cessant** per al supòsit de pèrdua del rendiment econòmic que hagués pogut aconseguir-se en un acte si no s'hagués produït el sinistre descrit en el contracte (art. 63 a 67 LCA).
- En cas que un deutor hagi de complir certes obligacions envers l'empresa, podrà exigir-li que concerti una **assegurança de caució** que indemnitzi l'empresa si el deutor incompleix aquestes obligacions (art. 68); i també podria assegurar-se per la insolvència dels seus deutors amb una **assegu-**

rança de crèdit (art. 69 a 72 LCA), especialment amb **assegurances de crèdit a l'exportació** si exporta els seus béns o serveis.

- Per a pagar els possibles procediments administratius, judicials o arbitrals de l'empresa, podria concertar una **assegurança de defensa jurídica** [art. 76.a) a 76.g) LCA], que cobreix els costos, però no el pagament de les multes o de les indemnitzacions imposades per l'administració o l'autoritat judicial.
- A més, també podria concertar voluntàriament per als seus treballadors i administradors **assegurances de mort, de supervivència, d'accidents, de malaltia, de decessos o de dependència**, les prestacions de la qual se sumarien (si escau) a les provinents d'altres fonts.

Òbviament, l'empresari haurà de valorar quines assegurances concerta tenint en compte el seu cost, el tipus d'activitat que desenvolupa i els possibles riscos més comuns que l'afecten, etc., de manera que possiblement assegurar-se per tots els possibles riscos li resulti inassumible. En tots aquests casos, per a les **assegurances de danys** regeixen els **principis indemnitzatoris** (l'assegurat no pot obtenir una indemnització superior al dany real, ni a la proporció en què la summa assegurada cobreix l'interès) i de **repetició de l'assegurador** (art. 25 a 32 i 43 LCA); principis que no s'apliquen a les assegurances de persones (excepte quan aquestes assegurances cobreixen costos objectius, com el cost de medicines, i no danys personals).

2.7. Recapitulació

Com es pot veure, tots els contractes tenen un **sentit global** considerats com el conjunt de relacions negocials que entaulen empresaris i consumidors per tal de produir i adquirir béns i serveis. Per descomptat, la complexitat dels contractes que han de formalitzar les empreses (contractes de serveis per a dissenyar els productes i per a fer-ne publicitat i oferir-ne la comercialització, compres de béns per a elaborar-los, venda dels béns elaborats, transports, distribució, etc.) és molt més gran que els negocis que normalment fan els consumidors. En tot cas, tots dos tipus de subjectes tenen en comú la realització de negocis de finançament o de serveis financers (fonamentalment, negocis bancaris) i d'assegurança (si bé els riscos contra els quals s'asseguri cada grup de subjectes solen ser diferents en certs aspectes). Cauen fora d'aquestes consideracions les relacions laborals de l'empresari amb els seus empleats, que es tracten en una altra assignatura, i també l'activitat material pròpiament dita de producció de béns o serveis, que no té naturalesa jurídica.

Totes les relacions negocials referides han estat tractades en altres materials docents, per la qual cosa únicament se n'ha fet una exposició molt breu. A continuació es desenvoluparan amb més detall dos grups de contractes que no han estat exposats fins ara en aquests materials: els de transport de mercaderies per carretera i els contractes que es fan en els mercats de valors.

3. Especial consideració del contracte de transport terrestre de mercaderies per carretera

3.1. Concepte i normes reguladores

Mitjançant el contracte de transport el portador desplaça físicament una mercaderia, i dóna així una prestació de «fer» o de serveis (si bé dins de la teoria general del contracte se'l sol situar com a paradigma del «contracte d'obra», ja que el portador procura una prestació de resultat i no de simples mitjans). Fins fa uns anys el contracte es regulava per partida doble en tots dos codis, però la **Llei d'11 de novembre de 2009**, del contracte de transport terrestre de mercaderies (d'ara endavant LCTTM), substitueix aquesta regulació per una d'única, que ja no distingeix entre transport civil i mercantil.

Al costat d'aquesta llei com a norma reguladora fonamental d'aquest contracte cal esmentar la Llei d'ordenació dels transports terrestres, de 30 de juliol de 1987, el reglament de la qual és de 28 de setembre de 1990. Aquesta llei regula certs aspectes administratius del transport, com per exemple les condicions que han de reunir els portadors per a poder actuar com a tals (art. 42 a 45). Hi ha a més una Ordre FOM/1882/2012, d'1 d'agost, per la qual s'aproven les condicions generals de contractació dels transports de mercaderies per carretera, aplicable quan no hi ha pacte entre les parts (però que determinen que, si el contracte de transport és d'adhesió, únicament podran modificar-se les condicions quan les que s'estableixin resultin més beneficioses per a l'adherent).

En aquest apartat ens referirem exclusivament al transport de **mercaderies per carretera**. El transport de **viatgers** està molt regulat administrativament, atès el valor essencial del subjecte transportat, i les regles que el regeixen són substancialment diferents de les del transport de mercaderies per les mateixes diferències existents entre la persona i qualsevol bé. En els casos en què el transport de mercaderies per carretera sigui **internacional**, s'aplica, com a regla general, un tractat internacional, el Conveni de Ginebra, de 16 de maig de 1956 (normalment anomenat Conveni CMR), ratificat per Espanya el 1973. El règim del transport de **mercaderies per mar** es recull en la Llei de navegació marítima de 2014 i en nombrosos convenis Internacionals. El transport de **mercaderies per aire** està regulat en la Llei de navegació aèria, de 1960 (modificada els anys 1969, 2003 i 2010), i és també rellevant la Llei de seguretat aèria, de 7 de juliol de 2003.

Per a ocupar-se dels litigis derivats d'aquest contracte són **competents els jutges del mercantil** (art. 86 ter.2.b LOPJ). Ha de destacar-se que quan els litigis relatius al transport no ultrapassin 15.000 euros, se n'ocuparan les **junes arbitral de transport** (art. 37 a 39 LOTT, que requereixen a més que cap de les parts intervinents en el contracte hagués manifestat expressament a l'altra la seva voluntat en contra abans del moment en què s'iniciï o hagués d'haver-se iniciat la realització del servei o activitat contractat). Aquestes juntes són òrgans administratius. Es tracta d'un veritable «arbitratge» que substitueix així

el procés judicial, i el laude dictat no pot ser impugnat per qüestions de fons. La tasca de les Juntes ha estat i és molt rellevant, i constitueix una espècie de mecanisme paral·lel de resolució de conflictes en aquesta matèria. A més, les juntes tenen competències per a fer el dipòsit de mercaderies i ordenar-ne la venda en els diversos supòsits que esmenta la Llei (perill de pèrdua, impossibilitat de compliment del transport, falta de recepció, etc., vegeu art. 32, 40 i 44-45 LCTTM).

3.2. Elements personals i formals

En el contracte de transport intervenen **tres subjectes** o posicions jurídiques clarament diferenciades:

- El carregador o remitent, que és qui contracta l'enviament dels béns.
- El portador o transportista, que és qui duu a terme la feina de transport.
- El destinatari o consignatari, que és aquell a qui s'envien les mercaderies (pot ser el mateix carregador o un tercer).

La condició de «portador» està molt regulada administrativament, a causa de la unificació d'aquestes regles en tot el dret comunitari. Els requisits per a ser portador es recullen en els articles 42-46 i següents de la LOTT: nacionalitat espanyola o comunitària, capacitació professional, capacitat econòmica i honorabilitat. Aquests requisits s'exigeixen del «portador» jurídic, és a dir, de l'empresari que actua com a transportista, que pot ser una persona jurídica o física (portador autònom). El simple «xofer» d'una empresa de transports, contractat laboralment per aqueta, no és un portador en sentit jurídic.

En relació amb la posició jurídica del portador es plantegen diverses situacions de pluralitat de portadors i la figura del «subtransport»:

- En el cas que el viatge el facin **diversos portadors que actuen conjuntament en un contracte únic**, documentat en una sola carta de port, en cas de reclamació per avaria o retard el carregador o destinatari podrà dirigir-se contra el primer portador, contra l'últim o contra el qual hagi executat la part del transport durant la qual s'ha produït el fet en què es fonamenta l'acció (art. 65 LCTTM). El portador que pagui en virtut d'aquesta reclamació té dret de repetició davant dels altres, conforme a les regles de l'article 66 LCTTM.
- Un supòsit diferent de l'anterior és el del **subtransport**. Sovint el portador que s'obliga a fer el transport no pot fer-ho amb els seus propis mitjans i subcontracta la realització efectiva de la prestació amb un altre portador. D'aquesta manera, el portador contractat pel carregador és un «portador contractual» (el que respon com a tal davant del carregador), però el subtransportista és el «portador efectiu». En aquests casos, formalment no hi ha cap relació entre el carregador principal i el subportador/ portador efectiu (que no han contractat entre si), de manera que serà el portador

Exemples

Per a un supòsit de subtransport i de reclamació del subtransportista del preu del port, vegeu STS de 7 de juny de 1991. Vegeu també un supòsit de doble subtransport en l'STS de 9 de juliol de 2015, que s'exposa més endavant.

qui respondrà davant del carregador si el subportador fa malament la seva prestació (vegeu art. 6 LCTTM). La doctrina i la jurisprudència, i també en alguns casos la legislació, han atenuat aquesta regla i defensen una específica responsabilitat solidària de portador contractual i efectiu davant del carregador.

Actualment, a més d'aquestes parts contractuals hi ha tot un seguit d'**empreses auxiliars del transport** que fan diverses prestacions accessòries a les del transport, però totalment necessàries per a l'efectivitat dels contractes. Estan regulades en la LOTT. Les agències de transports intervenen en la contractació del transport públic per carretera, desenvolupen activitats de gestió, informació, oferta i organització del transport, intervenint entre carregadors i portadors. Els transitaris són intermediaris o organitzadors de les operacions de transport internacional per qualsevol mitjà, que ofereixen serveis de transport i gestionen assegurances, documentació duanera, etc. (si bé, en ocasions, assumeixen també la realització del transport, com a «transportistes contractuals», encara que no el desenvolupen per si mateixos; vegeu, per a un supòsit de transport marítim, STS 21.01.2014). Finalment, els magatzemistes distribuïdors reben mercaderies en dipòsit per a operacions de recollida i distribució. Per a centralitzar les operacions de càrrega i descàrrega, i la situació física de les empreses auxiliars, és comú establir els anomenats per la Llei «centres d'informació i distribució de càrregues». Són organismes d'informació situats en els grans nuclis urbans de les comunitats autònomes per a canalitzar l'oferta de serveis de transport, que actuen com a punt de trobada de carregadors i portadors.

La doctrina majoritària considera que el contracte de transport és **consensual**, no és formal (STS 11.12.1968, o 18.06.2001 –en un supòsit en què no s'havia emès cap document equiparable a una carta de port). Els articles 10 i següents LCTTM preveuen l'existència d'un document denominat «carta de port», però no s'exigeix com a element essencial del contracte. De fet, la carta de port no se sol expedir normalment en la pràctica comercial. En cas d'emetre's, és un document probatori del contracte que funciona, a més, com a títol de tradició. Això vol dir que el propietari de les mercaderies és el legítim titular de la carta de port, de manera que es poden transmetre les mercaderies que siguin en viatge amb la transmissió del títol. El titular de la carta de port serà qui pugui exigir al transportista el lliurament de les mercaderies.

3.3. Drets i obligacions de les parts

La part fonamental de la regulació legal del contracte és la relativa a la **responsabilitat per la càrrega**: qui respon de si la càrrega arriba en mal estat o amb retard. Les disposicions legals en aquest punt tenen caràcter imperatiu, i qualsevol clàusula contractual que pretengui reduir o minorar el règim de responsabilitat del portador serà ineficax i es considerarà no posada (art. 46 LCTTM). A més, s'aplica també si la responsabilitat s'exigeix en virtut de regles de responsabilitat extracontractual (art. 63 LCTTM). En principi, el carregador respon dels danys que la mercaderia pateixi en el transport i dels retards pro-

Nota

El portador respon pels seus propis actes i omissions, però lògicament també pels dels seus col·laboradors i empleats (art. 47 LCTTM).

duïts per culpa del carregador/destinatari, per una instrucció d'aquests no motivada, per una acció negligent del portador, per vici propi de la mercaderia o per circumstàncies que el portador no va poder evitar i les conseqüències de les quals no va poder impedir (és a dir, cas fortuït o força major) (art. 48 LCTTM). Ara bé, qui ha de provar que els danys van ser deguts a aquestes circumstàncies és el transportista. Dit d'una altra manera, el portador respon tret que demostrï que el retard o avaria es van deure a les circumstàncies assenyalades (art. 47-48 LCTTM). Això, de fet, el perjudica notablement. Per aquestes raons, el portador té dret a examinar els embalums i a fer constar les seves objeccions (les anomenades «reserves») si considera que les mercaderies ja estan avariades o mal condicionades (art. 25-27 LCTTM).

En cap cas exonera el portador els defectes dels vehicles emprats per al transport (una fallada mecànica del camió no és cas fortuït, art. 48 LCTTM; vegeu STS 14.06.2011). En la majoria dels supòsits no és possible determinar, apriorísticament, quines circumstàncies són o no imputables al portador. Per exemple, el robatori de la mercaderia serà negligència seva si va deixar el camió obert en una via perillosa, però possiblement no ho serà si el va deixar tancat a l'aparcament condicionat d'un hotel; etc. (vegeu STS 20.12.1985 i 10.07. 2015). Un incendi del vehicle, originat per causes desconegudes, es considera cas fortuït en les STS de 6 d'abril de 1998 o de 17 de novembre de 1997. Sovint la càrrega ha de viatjar en càmeres frigorífiques amb la temperatura adequada i la falta de fred adequat es considera imputable al portador (vegeu STS 31.07.1996, que va condemnar tant l'empresa que va introduir la càrrega en contenidors no adequats, com el portador que no va comprovar la temperatura ni va observar els senyals externs que els contenidors no eren adequats).

L'import de la indemnització per avaries serà la pèrdua de valor que experimentin les mercaderies; quan la pèrdua de les mercaderies és total (perquè s'han destruït totes o perquè les que queden no poden ser utilitzades sense les que no s'han lliurat, art. 54 LCTTM) serà el valor de mercat de les mercaderies (art. 55 LCTTM). L'import de la indemnització en cas de retard serà el perjudici que es provi que ha ocasionat aquest retard (art. 56 LCTTM). A causa del rigor d'aquest règim, tradicionalment la responsabilitat del portador (terrestre, marítim i aeri) es beneficia d'una sèrie de **limitacions**, de manera que si respon ho fa amb un límit quantitatiu. En el nostre cas, el límit és (art. 57 LCTTM), per als supòsits d'avaria, un terç de l'indicador públic de renda d'efectes múltiples/dia per quilo de pes brut de mercaderia perduda o avariada (és a dir, per a l'any 2016, 5,916 euros per quilo de mercaderia); per als supòsits de retard, el preu del transport. El límit no opera si l'avaria o retard va ser per dol del portador o per una infracció conscient i voluntària del deure jurídic assumit (art. 62 LCTTM). Carregador i portador poden acordar que en casos d'avaria o retard es pagui una quantitat superior a aquest límit, però això significarà un increment del preu del transport (art. 61 LCTTM). De fet, és molt comú que el carregador, quan la mercaderia és molt valuosa, contracti una assegurança específica que cobreixi el valor real del bé.

Exemples

La interessant STS de 9 de juliol de 2015 recull un supòsit en el qual es discutia si l'actuació dels subtransportistes era qualificable d'«infracció conscient i voluntària del deure jurídic assumit», en aquest cas no operava la limitació de responsabilitat (limitació que havia aplicat l'Audiència Provincial). El Tribunal Suprem va considerar que no podia limitar-se la responsabilitat, ja que va haver-hi culpa greu en no operar de manera adequada amb un material fràgil, i havent-se indicat tal condició de fràgil amb el símbol internacional propi. I això no obstava, segons raona l'alt Tribunal, que s'hagués contractat com a càrrega

fraccionada i que no se n'hagués prohibit el subtransport. L'STS de 10 de juliol de 2015 no limita la responsabilitat, en un supòsit de robatori, al portador que havia estacionat en lloc perillós, accessible i no vigilat, amb feble protecció de la mercaderia en un remolc cobert per una lona i absència de vigilància per part del conductor.

El portador ha de posar el **vehicle idoni** per al transport en el lloc i temps pactats. La **càrrega i descàrrega**, així com l'**estiba i desestiba**, corresponen en principi, respectivament, al carregador i al destinatari; però aquestes operacions poden ser assumides pel portador (art. 20 LCTTM; sovint és aquest qui fa l'estiba i desestiba, és a dir, la col·locació de la càrrega dins de la «caixa» del remolc). El correcte condicionament de la càrrega (embalums identificats, embalatges adequats, etc.) correspon al carregador (art. 21 LCTTM).

El pagament del preu, anomenat **port**, correspondrà al carregador, si la mercaderia viatja «a ports pagats»; o al destinatari, si viatja «a ports deguts». No obstant això, en aquest segon cas el carregador és responsable subsidiari si no paga el destinatari (art. 37 LCTTM). Si la mercaderia viatja a ports pagats o deguts és una cosa que acorden carregador i portador en fer el transport. El preu inicialment fixat podrà ser variat, en certs casos, si el preu del gasoil hagués augmentat entre el dia de formalització del contracte i el moment de fer-se el transport, tret que s'hagués pactat una altra cosa expressament per escrit (art. 38 LCTTM). A més, si arribades les mercaderies el destinatari no paga, el portador, en un termini de deu dies, pot dipositar-les i demanar la venda de la mercaderia suficient per a obtenir el preu (art. 40 LCTTM). D'aquesta manera es facilita el seu dret de cobrament.

El carregador té l'anomenat «**dret de disposició**», que consisteix que pot ordenar al portador que detingui el transport, que retorni la mercaderia al seu origen o que la lliuri en lloc o a destinatari diferent dels de la carta de port. En aquests casos, cal indemnitzar el portador les despeses i danys que s'ocasionin; i no pot dividir-se l'enviament (art. 29 i 30 LCTTM). El portador té el **dret i el deure de vendre la mercaderia** que es trobi en perill de deterioració en certs supòsits: durant el transport, quan hi hagi risc de pèrdua de la mercaderia (art. 32.2 LCTTM), o si el destinatari no accepta la mercaderia quan arriba a destinació i hi ha aquest risc de pèrdua (art. 36 LCTTM).

Com a regla general, les accions derivades del contracte prescriuen en el termini d'un any (art. 79 LCTTM).

4. Especial consideració de la contractació en els mercats de valors

4.1. La regulació dels mercats de valors

4.1.1. La mercat financer i el mercat de valors

Es denomina **mercat financer** aquell en el qual empreses i consumidors obtenen finançament i s'hi comercien no pas béns físics (propis dels «mercats de béns reals») sinó diners (que és un «bé fiduciari» o «financer»). Es tracta del mercat en el qual es relacionen i posen d'acord empreses i consumidors que necessiten finançament (normalment denominats **subjectes deficitaris**), i els subjectes que poden estalviar i destinen el seu estalvi a la inversió (estalviadors/inversors o **subjectes excedentaris**). Aquesta relació pot produir-se de dues maneres, la qual cosa dóna lloc a dos tipus de mercats diferents:

- En el **mercat de crèdit** els estalviadors/inversors lliuren els seus diners als intermediaris financers (entitats de crèdit) normalment mitjançant contractes de «dipòsit», i l'intermediari, al seu torn, finança els subjectes deficitaris (empresaris o consumidors) amb crèdits, préstecs, targetes bancàries, descomptes, etc. L'intermediari formalitza dos contractes independents: amb l'estalviador/inversor, de dipòsit, i amb els subjectes deficitaris, de crèdit o préstec. **Estalviador i subjecte finançat no es posen en contacte**, i qui respon davant de cadascun d'ells de les obligacions del contracte celebrat és l'entitat de crèdit.
- En el **mercat de valors**, en canvi, l'empresari que necessita finançament emet valors (títols valor de pagament o de participació social), que són subscrits per l'estalviador/inversor. En aquest mercat els **intermediaris financers no contracten personalment amb les parts, només les posen en contacte**. És l'estalviador/inversor que subscriu el títol qui adquireix drets davant de l'emissor i viceversa, sense que l'intermediari s'interposi en aquesta relació. Al seu torn, perquè el subscriptor del valor se'n pugui desfer fàcilment sense haver d'esperar que venci (perquè pugui «liquidar» la seva inversió), es creen mercats en els quals es poden vendre i comprar els valors ja subscrits (el més conegut és el mercat borsari).

Com es pot veure, les dues formes de finançament (demanant crèdit, emetent valors) són completament diferents, i també ho són les obligacions del subjecte finançat. Normalment, l'interès a pagar serà menor en un o un altre mercat, però també el tipus d'obligacions assumides o les condicions i terminis

de pagament, i no totes les empreses poden accedir a tots dos mercats amb facilitat (només l'empresa molt gran i molt solvent trobarà subscriptors dels seus valors, que es refien de la seva solvència).

Tornant al finançament de l'empresa mitjançant l'**emissió de valors**, aquests poden suposar una quota del capital (**accions** de la societat anònima), de manera que l'inversor es converteix en soci i adquireix els drets propis d'aquesta condició, però, en un altre moment, també podrà vendre les seves accions i així tornar a obtenir liquiditat. En aquest cas, l'emissió de valors accions (bé en el moment de la fundació de la societat anònima, bé amb un augment de capital) implica un finançament amb recursos propis. D'altra banda, els valors emesos poden implicar simplement un préstec (emissió d'**obligacions**, art. 401 i s. LSC), de manera que l'inversor que els subscriu lliura uns diners i obté un dret a la restitució i a un interès. En tals casos, l'inversor és un simple prestador, no un soci (no té dret de vot, d'informació, etc.), i els diners que lliura són un finançament amb recursos aliens. En qualsevol d'aquests supòsits s'obté finançament, però amb unes conseqüències (quant a la devolució, als drets dels inversors, etc.) completament diferents, tant per a l'empresa emissora com per als finançadors/inversors. En aquests mercats en què s'emeten valors per a obtenir el finançament («mercats de valors») i en què es creua l'oferta (de títols) i la demanda (dels inversors), es dedica aquest epígraf, que s'ha d'entendre, doncs, comprès dins de l'entramat de l'obtenció de finançament per les empreses.

Per a facilitar i incentivar la subscripció d'aquestes emissions, el dret positiu estableix tot un **sistema de regles i institucions** que permeten l'emissió massiva de títols; atorguen informació quant als emissors (ja que no és possible una negociació individualitzada amb cadascun d'ells); confereixen seguretat o credibilitat quant al compliment de les obligacions, i faciliten la liquiditat de la inversió (és a dir, la possibilitat de vendre els títols subscrits amb la finalitat d'aconseguir liquiditat, obtenir un guany o poder fer una nova inversió). Algunes d'aquestes regles obeeixen a la necessitat que hi hagi transparència i informació en el mercat (fonamentalment, totes les referides a la informació sobre emissors i sobre valors, l'anomenada *disclosure*), però altres obeeixen a un sistema regulador i intervencionista que desconfia de la llibertat de les parts i imposa unes solucions organitzatives que no sempre estan justificades.

4.1.2. Regulació legal i principis del règim normatiu

La **Llei de mercat de valors** de 1988 (d'ara endavant, LMV) va representar el principi de la modernització d'aquesta matèria en el dret mercantil espanyol, que fins llavors designava aquest tipus de qüestions amb un terme ben eloqüent: «dret borsari». Fins llavors no hi havia una normativa general sobre el concepte, classes, objecte i subjectes dels mercats de valors, sinó únicament normativa sectorial relativa a les borses de valors (fonamentalment el Reglament de Borses, de 30 de juny de 1967). L'LMV va significar la modernització d'aquest sector de l'ordenament, establint clarament l'objecte de la negociació

(els «valors negociables»), les dues classes bàsiques de mercats de valors (primaris i secundaris), els requisits per a actuar com a intermediari, les normes d'actuació, etc. Un marc general completament desconegut fins llavors des del punt de vista normatiu. Aquest marc normatiu no és de disseny lliure, sinó que segueix en la majoria dels casos criteris recollits en les **directives comunitàries**. L'existència d'un «mercat comú» exigeix una harmonització de les regles dels mercats de valors de cadascun dels països membres de la Unió. La majoria de les institucions fonamentals d'aquests mercats està regulada per una directiva (com els fullets d'emissió, les OPA, l'estudi de la idoneïtat dels inversors, etc.), de manera que l'LMV ha estat reformada en nombroses ocasions per a adequar-se o transposar aquestes directives. Aquestes reformes, i altres de menors (l'última, operada per la LOSSEC), han cristal·litzat finalment en el **text refós de la Llei de mercat de valors**, aprovat per Decret legislatiu 4/2015, de 23 octubre.

Aquesta norma legal ha estat objecte d'un **desenvolupament reglamentari** molt intens, mitjançant infinitat de decrets i normes d'inferior rang normatiu, especialment circulars de la CNMV. Tot això fa que el conjunt normatiu resulti excessivament complex i prolix. No cal oblidar, a més, que també les comunitats autònomes tenen certes competències per a regular els mercats de valors creats en el seu territori.

L'LMV va crear la **Comissió Nacional del Mercat de Valors**, un organisme públic però amb autonomia d'actuació i no subjecció als criteris de l'Administració pública, que supervisa i controla l'actuació en tots els mercats de valors. Bàsicament, les funcions que exerceix la Comissió són les següents:

- Supervisió i inspecció dels mercats de valors i de l'activitat de totes les persones físiques i jurídiques que es relacionen en el tràfic d'aquests.
- Exercici de la potestat sancionadora (incoa i instrueix els expedients per infracció de les normes d'actuació, i a més imposa les sancions).
- Exercici de la potestat reglamentària, mitjançant un gran nombre de circulars obligatòries per als actuants en el mercat.
- Facultats d'assessorament i informació (art. 17 LMV).

En diverses ocasions han estat plantejades demandes contra la CNMV per inversors que han tingut pèrdues a causa de conductes fraudulentament d'intermediaris financers, i consideren que part de la culpa ha estat de la CNMV per no haver detectat abans les irregularitats en l'actuació de tals intermediaris. Vegeu STS (Cont. Adm.) de 16 de maig de 2008, 27 de gener de 2009 i 6 de febrer de 2012 (aquestes dues últimes, relatives al «cas Gescartera»).

Resulta convenient exposar, encara que sigui succintament, alguns dels principis generals que vertebreren aquesta part de l'ordenament.

- **Principi de llibertat de mercat.** D'acord amb el que es disposa en l'article 38 CE, i com a regla derivada de l'existència d'un «mercat», la contractació de valors es desenvolupa amb subjecció a les regles de llibertat de mercat: formació de preus amb concurrència d'oferta i demanda de particulars; llibertat d'accés per als emissors, inversors i intermediaris (és a dir, concessió reglada de l'autorització per a emetre valors o per a ser intermediari, complint els requisits lògics i proporcionals prefixats); etc.
- **Principi d'informació a l'inversor i de transparència del mercat** (l'anomenada *disclosure*). La Llei estableix tot un seguit de regles que obliguen a donar informació pel que fa, fonamentalment, als emissors de valors i a les operacions del mercat, perquè qualsevol inversor pugui conèixer les característiques dels títols que planeja adquirir i la situació econòmica de la societat a la qual pertanyen (vegeu l'apartat «Subjectes que operen en el mercat: emissors, inversors i intermediaris»).
- **Principi d'igualtat dels inversors.** Relacionat també amb els anteriors, implica que tots els inversors estiguin en igualtat de condicions per a efectuar la seva inversió. És el que justifica, per exemple, la regulació de les OPA, que permet a tots els accionistes afectats per l'oferta acceptar aquesta o rebutjar-la (vegeu el subapartat «Ofertes públiques d'adquisició»); o la prohibició d'actuació conforme a informació privilegiada, que significaria afavorir a l'*insider* envers la immensa majoria d'inversors que no coneixen les dades que no són públiques (vegeu el subapartat «Normes de conducta»).
- **Principi de protecció a l'inversor.** A diferència dels principis anteriors, la protecció de l'inversor és un criteri de política legislativa que no deriva d'una necessitat del mercat o del sistema, sinó d'una opció del legislador per a protegir especialment una de les parts de la contractació i, sobretot, l'inversor minorista (vegeu l'apartat «Subjectes que operen en el mercat: emissors, inversors i intermediaris»).

4.1.3. Normes de conducta

L'LMV conté tot un títol VII relatiu a les «Normes de conducta» per als operadors en el mercat (art. 202 a 232 LMV). Es tracta d'una sèrie de regles que en realitat no són sinó un precipitat de normes d'actuació ja formulades en preceptes jurídics generals (per exemple, els mandats dels art. 208 i 209 LMV es podrien deduir dels art. 1718 CC i 260 i s. CCom; i en general tots són conductes contràries a la bona fe, ja sancionades en l'art. 7.1 CC).

Diferents d'aquest grup de normes són les relatives a la protecció dels inversors, que s'emmarquen en una perspectiva diferent a l'explicada fins ara (vegeu l'apartat «Subjectes que operen en el mercat: emissors, inversors i intermediaris»).

El desenvolupament reglamentari ha tingut lloc generalment mitjançant el Reial decret 1333/2005, d'11 de novembre, en matèria d'abús de mercat, si bé ja existien altres normes més específiques (s'ha de fer constar, però, que existeix un Reglament comunitari d'abús de mercat, 596/2014, de 16 d'abril de 2014, que és d'aplicació directa i que preval, per tant, sobre la normativa espanyola. L'Estat espanyol hauria d'haver dictat un reglament nou, derogant el RD 1333/2005 i assumint els mandats comunitaris, però no ho ha fet). Cal destacar que, a més de les normes legals, les mateixes entitats que actuen en aquests mercats poden dictar els seus propis codis de conducta, en els quals desenvolupin o concretin aquests deures formulats en l'LMV. Així es preveu expressament en l'article 202.1.b) LMV.

Cal sistematitzar les normes de conducta agrupant-les en funció del seu destinatari:

- Normes dirigides a les empreses de serveis d'inversió, entitats de crèdit i altres persones o entitats que actuïn en el mercat de valors, rebent o executant ordres o assessorant sobre inversions en valors (art. 225 i s. LMV). Aquí s'inclouen fonamentalment **regles de diligència contractual** en el desenvolupament de la tasca d'aquestes entitats com a mandatàries o assessores dels inversors, i altres regles independents de tal relació de serveis –així, especialment, la prohibició de fer pràctiques que tinguin per objecte o produeixin l'efecte de provocar una evolució artificial de les cotitzacions (art. 231 LMV). Finalment, l'article 229 LMV formula, respecte d'aquestes entitats, en el seu apartat primer, el deure establir les anomenades «**muralles xineses**»: «establir les mesures necessàries per a impedir el flux d'informació privilegiada entre les seves diferents àrees d'activitat, de manera que es garanteixi que cadascuna d'aquestes prengui autònomament les seves decisions referents a l'àmbit dels mercats de valors i, així mateix, s'evitin conflictes d'interès».
- Normes dirigides als emissors de valors. Es tracta de comunicar a la CNMV la **informació rellevant**, perquè aquesta la difongui en el mercat (art. 228.1 LMV); i de mantenir **en secret** la informació quan s'estigui en fase d'estudi o negociació de qualsevol tipus d'operació jurídica o financera que pugui influir de manera apreciable en la cotització dels valors o instruments financers afectats (art. 230 LMV, i art. 6 a 8 RD 1333/2005).
- Normes dirigides a totes les persones que actuïn o es relacionin en el mercat de valors. Aquí podem enquadrar, en primer lloc, les regles contingudes en els articles 226 i 227 TRLMV, que recullen el que se sol denominar **prohibició d'informació privilegiada (insider trading)** o de l'abús. Es considera «informació privilegiada» la relativa a valors o instruments financers, o a emissors d'aquests, «que no s'hagi fet pública i que, si es fes o s'hagués fet pública, podria influir o hagués influït de manera apreciable sobre la seva cotització en un mercat o sistema organitzat de contractació». Qui conegui tal informació (és a dir, l'*insider* que hi té accés per alguna raó con-

Nota

Entre les resolucions judicials que sancionen per aquesta raó, vegeu STS (Cont. Adm.) d'11 d'octubre de 2006 i de 27 de setembre de 2011.

creta) no pot fer cap tipus d'operació sobre aquests valors, ni comunicar aquesta informació a tercers, ni recomanar operacions relacionades amb aquests valors o emissors. En realitat, l'«abús» consisteix en el simple «ús» d'aquesta informació, ja que l'*insider* que la coneix es troba en una posició de privilegi respecte de la resta dels inversors.

En segon lloc, conforme a l'art. 231 TRLMV tota persona o entitat que actuï en el mercat ha d'abstenir-se de preparar o fer pràctiques que **falsegin la lliure formació dels preus** (per exemple, proporcionar indicis falsos o enganyosos, assegurar o concertar el preu d'un o de diversos instruments financers en un nivell anormal o artificial, difondre informació falsa o enganyosa, etc.).

En els articles 233 i següents TRLMV s'estableix tot el **règim de supervisió, inspecció i sanció**, per a poder castigar les pràctiques contràries a les regles assenyalades. La imposició de sancions correspondrà a la CNMV, que donarà raó al ministre d'Economia i Competitivitat de la imposició de sancions per infraccions molt greus i, en tot cas, li remetrà amb periodicitat trimestral la informació essencial sobre els procediments en tramitació i les resolucions adoptades (art. 273.1 TRLMV). Aquesta possible responsabilitat administrativa no exclou que l'intermediari o el subjecte infractor respongui per altres vies (civil, penal, etc.).

4.2. Objecte de la contractació: els instruments financers i els valors negociables

El mateix títol de la llei reguladora d'aquests mercats «de valors» exigeix delimitar què es considera com a «valor» a aquests efectes. La Llei, no obstant això, no col·loca com a centre de l'àmbit de regulació els valors, sinó els «instruments financers» (art. 2 TRLMV), dins dels quals els «valors negociables» són una espècie. Per **valor negociable** s'entén «qualsevol dret de contingut patrimonial, sigui quina sigui la seva denominació, que, per la seva configuració jurídica pròpia i règim de transmissió, sigui susceptible de tràfic generalitzat i impersonal en un mercat financer» (art. 2.1 LMV; vegeu també art. 3 RD 1310/2005). El rellevant és, doncs, el contingut patrimonial i la susceptibilitat de tràfic generalitzat i impersonal. A més, la Llei limita la seva aplicació als valors negociables «**agrupats en emissions**». L'exemple típic de valor negociable estudiat en aquesta matèria són les accions i les obligacions, però n'hi ha molts més (vegeu art. 2.1.2 LMV). Ha de destacar-se que els valors negociables podran representar-se amb anotacions en compte o títols, i que avui dia la immensa majoria opten per la primera d'aquestes modalitats. La regulació reglamentària de les anotacions en compte l'ha fet recentment el Reial decret 878/2015, que deroga el règim reglamentari anterior.

Al costat dels valors negociables, la Llei s'aplica també a certs «**instruments financers**». No es defineix què es conceptua com a tal, però la llista inclou opcions, futurs, permutes i altres contractes derivats sobre valors o matèries primeres i els instruments financers derivats per a la transferència del risc de

Nota

Per descomptat, no constitueixen valors negociables les participacions de societats de responsabilitat limitada, que no poden incorporar-se a valors i es caracteritzen per les restriccions a la transmissió (art. 107 LSC).

crèdit (vegeu art. 2.2 a 8 LMV), per la qual cosa es tracta de derivats financers que en si són acords sobre valors o sobre matèries primeres, però que normalment no s'incorporen ni es vinculen a un document físic ni a una anotació en compte.

Atesa la imprecisió del concepte, els afectats pel cas de contractes sobre valors filatèlics van argumentar que aquests valors eren també un «instrument financer» i que les entitats que es dedicaven a la seva venda i recompra havien d'haver estat fiscalitzades per la CNMV. L'STS (Cont. Adm.) de 2 de gener de 2012 va rebutjar aquesta assimilació.

Com una mostra del grau de complexitat a què arriben els negocis financers, cal fer una succinta referència als anomenats «**derivats financers**», que són també operacions de mercats de valors i «instruments financers» que fins i tot poden ser contractats, en algunes de les seves modalitats, en un mercat secundari oficial existent a Espanya. En el «futur financer» les parts pacten des d'ara una compravenda d'una certa quantitat de béns o d'índexs financers, prefixant-ne la quantitat, el preu i el moment d'execució. Així, ambdues parts s'asseguren un preu amb independència de quin sigui el del mercat en el moment d'execució. En l'«opció financera», el comprador de l'opció paga una prima, i a canvi obté el dret a comprar (*call*) o a vendre (*put*), una determinada mercaderia o un instrument financer, en una quantitat prefixada i a un preu determinat, en un moment futur. D'aquesta manera, el comprador decidirà, en aquest moment futur i segons com estigui el preu del mercat, si exerceix l'opció (la de compra, si el preu de mercat és més car que el pactat en l'opció, o la de venda, si el preu de mercat és més barat).

Partint del supòsit del futur financer, per exemple, una companyia aèria pot fixar en el mercat de futurs sobre petroli que comprarà X milers de barrils de petroli a un preu I al gener de 2018. D'aquesta manera, aconsegueix des d'ara un preu fix, i en calcula ja seus costos i els preus de bitllet per a aquest any. Encara que el petroli sigui molt car, obtindrà aquests X milers de barrils al preu fixat. L'inconvenient és que si el petroli baixa de preu, pagarà més car un petroli el preu de mercat del qual és barat. Però la companyia prefereix la seguretat de conèixer des d'ara el preu que pagarà.

En tots dos casos, futur i opció financera, en «liquidar» el contracte no es compra efectivament petroli, o el bé fixat, sinó que es fa una «liquidació per diferències»: el contractant que hagués de pagar un valor més alt (lliurant un bé, o pagant un preu), satisfà la «diferència» a l'altra part.

4.3. Subjectes que operen en el mercat: emissors, inversors i intermediaris

L'article 4 RD 1310/2005 defineix, per primera vegada en el nostre dret, l'«**emissor**» com «qui emeti o es proposi emetre qualsevol valor o els valors del qual siguin objecte d'una sol·licitud d'admissió a negociació en un mercat secundari oficial o en un altre mercat regulat domiciliat en la Unió Europea. En cap cas tindran la consideració d'emissor, a l'efecte d'aquest reial decret, les persones físiques». Per tant, és emissor tant qui emet valors com qui, havent-los emès, en sol·licita l'admissió a negociació en un mercat secundari oficial. A més, en desenvolupament de l'article 25.3 LMV, el Decret estableix en

l'art. 8 els «Requisits d'idoneïtat relatius a l'emissor» (haver estat vàlidament constituït, estar operant i que les accions admeses a negociació o els valors de deute de les mateixes característiques no estableixin avantatges o diferències).

El fet de ser «emissor» converteix aquest subjecte en integrant del mercat sotmès a la seva normativa general; però, a més, li confereix un **estatut específic** en certs aspectes. En efecte, com acabem de veure, les «Normes de conducta» de l'LMV s'apliquen a tots els subjectes actuants, i també, expressament, als «emissors» (vegeu art. 225 LMV). Però hi ha, a més, normes específiques dirigides exclusivament als emissors, com l'obligació de difondre en el mercat tota informació rellevant (*disclosure*, art. 228.2 LMV), o la confidencialitat en la fase de preparació de qualsevol operació que pugui influir en el mercat (art. 230 LMV). D'altra banda, si fan ofertes públiques d'emissió de títols, en la majoria dels casos han de fer públic un fullet informatiu i subjectar-se a una sèrie d'obligacions. Especial rellevància adquireix l'estatut específic de les «societats cotitzades», de les anònimes que sol·liciten i aconseguen la cotització de les seves accions en el mercat borsari. Per tant, podríem dir que l'emissor de valors té un estatut jurídic propi.

En aquesta matèria, vegeu el Reial decret 1362/2007, de 19 d'octubre, que desenvolupa l'LMV en relació amb els requisits de transparència relatius a la informació sobre els emissors els valors dels quals estiguin admesos a negociació en un mercat secundari oficial o en un altre mercat regulat de la Unió Europea.

La contrapart de l'emissor és l'**inversor**, l'adquiridor de valors. A diferència de l'emissor, a qui s'imposen una sèrie d'obligacions, l'inversor és més aviat objecte de protecció, perquè es parteix en bona mesura que es troba en una situació d'inferioritat i també perquè només si se'l defensa s'arriscarà a invertir. L'inversor és també un subjecte del mercat de valors, i com a tal està sotmès a les normes de conducta generals (art. 225 i s. LMV).

És clar que l'inversor no sempre és un «consumidor» (art. 1.2 LGDCU; vegeu l'apartat «La intervenció del "consumidor" i, en particular, el règim de les clàusules abusives (remissió)») i, per tant, aquesta normativa específica del mercat de valors és independent de la seva condició subjectiva. Quan l'inversor sigui consumidor, s'afegirà, a les normes protectores del mercat de valors, les pròpies de la defensa del consumidor. Tampoc no ha d'oblidar-se que en un gran nombre de supòsits resultarà aplicable la Llei de condicions generals de la contractació, ja que és comú que els contractes es formalitzin utilitzant formularis predisposats i impostos per una de les parts (vegeu l'apartat «Especial incidència de la contractació amb condicions generals (remissió)»).

La reforma de 2007 ha introduït en el nostre dret la distinció (exigida pel dret comunitari en l'anomenat paquet de normativa MiFID) entre el **client professional** i el **detallista** (art. 204 i 205 LMV). Bàsicament, clients professionals són les entitats financeres, certes entitats públiques, els empresaris amb un volum de negocis rellevant i els inversors institucionals (com les institucions d'inversió col·lectiva). Client minorista és el que no és professional. La protecció al client minorista és superior (per exemple, el client professional no es

beneficia del Fons de Garantia d'Inversions, art. 201.4.b) LMV). Però, a més, una part important de la reforma és la que obliga les entitats que fan serveis d'inversió a «**conèixer el client**», a informar-se sobre els seus coneixements en matèria financera i classificar-lo segons aquests coneixements i el grau de risc que vulgui assumir, i així oferir-li productes adequats al seu perfil. Això de fet es fa sotmetent-lo a un test, a fi de comprovar aquests coneixements.

Concretament, el client que demani un servei d'assessorament en matèria d'inversió o de gestió discrecional de carteres, haurà de sotmetre's a un «**test d'idoneïtat**», perquè l'entitat aprecii quins són els seus coneixements i en determini el perfil inversor (conservador, arriscat, etc.) i així poder gestionar o assessorar d'acord amb aquest perfil. Si el client es nega a sotmetre-s'hi, l'entitat no pot oferir-li el servei. Quan se sol·liciti un altre servei d'inversió o auxiliar, se sotmetrà el client a un «**test de conveniència**» per tal d'avaluar-ne els coneixements i si pot comprendre els riscos aparellats al producte que sol·licita; si l'entitat considera que el producte no és adequat per a tals coneixements ho comunicarà al client, el qual, no obstant això, podrà contractar-lo (fent constar que se li ha advertit dels riscos i que els accepta) (vegeu art. 209 a 217 LMV). L'incompliment d'aquestes obligacions implica una infracció administrativa sancionable, però a més l'STS de 20 de gener de 2014 ha considerat que, des de la perspectiva civil, «l'absència del test no determina per si mateixa l'existència de l'error vici, però sí que permet presumir-lo».

Com s'acaba d'assenyalar, l'STS de 20 de gener de 2014 ha determinat que en aquests casos «l'absència del test no determina per si mateixa l'existència de l'error vici, però sí que permet presumir-lo», i també fa presumir l'excusabilitat de l'error. El Tribunal presumeix que ha existit error en el contractant, per no haver estat informat adequadament del risc assumit en contractar el producte. Normalment, quan els inversors eren persones amb coneixements financers, la jurisprudència considera que no hi ha hagut error en contractar productes financers que després han resultat amb pèrdues (vegeu STS 18.04.2013 – número 243/2013– o 20.02.2014); en canvi, si no tenien tals coneixements, s'ha optat per considerar que va existir error en la contractació (STS 18.04.2013 –número 244/2013–, 22.10.2015, o 30.10.2015, entre moltes altres).

En aquesta matèria de protecció de l'inversor ha de destacar-se la institució del **Fons de Garantia d'Inversions** (FOGAIN), que garanteix a l'inversor que ha lliurat fons a una empresa de serveis d'inversió la recuperació d'aquests fons, fins a un límit, en cas de concurs o intervenció administrativa d'aquest intermediari (art. 198 i s. LMV). El Fons no cobreix, lògicament, les pèrdues que pugui patir un inversor a conseqüència de la seva inversió.

El reglament de desenvolupament del FOGAIN és Reial decret 948/2001, de 3 d'agost, pel qual es regulen els sistemes d'indemnització dels inversors. En cas de concurs o intervenció administrativa d'una entitat adherida al Fons, els inversors que no puguin obtenir el reemborsament dels diners o dels valors lliurats a l'entitat podran demanar tal reemborsament al Fons, amb una sèrie de límits, entre aquests, un màxim de 100.000 euros per inversor –vegeu reforma introduïda per l'RD 628/2010–, i amb exclusió dels inversors de caràcter professional, institucionals i els especialment vinculats a l'empresa concursada. Vegeu <https://www.fogain.com/>.

Per a operar com a intermediaris entre emissor i inversor, l'LMV crea la categoria general d'«**empreses de serveis d'inversió**» (d'ara endavant ESI), i hi assenyala quins són els serveis d'inversió i, a continuació, quines empreses de serveis d'inversió es poden crear i quins serveis pot exercir cadascuna. L'article 140 LMV estableix quins es consideren «**serveis d'inversió**»:

- La recepció i transmissió d'ordres per compte de tercers.
- L'execució d'aquestes ordres per tercers.
- La negociació per compte propi.
- La gestió discrecional i individualitzada de carteres d'inversió conformement als mandats conferits pels inversors.
- La mediació, per compte directe o indirecte de l'emissor, en la col·locació de les emissions i ofertes públiques de vendes.
- L'assegurament de la subscripció d'emissions i ofertes públiques de venda.

Al seu torn, l'article 141 LMV enumera els «serveis auxiliars» als indicats serveis d'inversió.

Doncs bé, partint d'aquest elenc de «serveis d'inversió» i de «serveis auxiliars», els intermediaris es classifiquen o defineixen segons les comeses que poden dur a terme d'entre totes aquestes. La Llei, i el seu desenvolupament reglamentari, estableix els requisits d'autorització de cadascuna d'aquestes ESI i els que han de complir (per exemple, quant a solvència) durant tota la seva existència.

- Les **societats de valors** són els intermediaris amb facultats més àmplies: poden actuar per compte propi o aliè i desenvolupar qualsevol servei d'inversió i activitat complementària (art. 143.2 LMV).
- Les **agències de valors**, en canvi, només poden actuar per compte d'altri (és a dir, per ordre d'un comitent) i a més no poden dur a terme tots els serveis i activitats complementàries; concretament, no poden negociar per compte propi, assegurar la subscripció d'emissions i ofertes públiques de venda ni concedir crèdits o préstecs a inversors (art. 143.3 LMV).
- Les **societats gestores de carteres** únicament poden fer gestió discrecional i individualitzada de carteres d'inversió conformement als mandats conferits pels clients, assessorament en matèria d'inversió i assessorament a empreses i elaboració d'informes d'inversions i anàlisis financeres (art. 143.4 LMV).
- Les **empreses d'assessorament financer** poden assessorar en matèria d'inversió, assessorar empreses sobre estructura de capital i estratègia industrial i elaborar informes d'inversió i anàlisis financeres (art. 143.5 LMV).

Nota

En aquesta matèria, vegeu el Reial decret 217/2008, de 15 febrer, sobre el règim jurídic de les empreses de serveis d'inversió i de les altres entitats que presten serveis d'inversió.

Al costat d'aquesta categoria d'empreses de serveis d'inversió una altra de les novetats en aquesta matèria de la reforma de 1998 va ser permetre que «Les entitats de crèdit, encara que no siguin empreses de serveis d'inversió segons aquesta Llei, podran prestar habitualment tots els serveis previstos en els articles 140 i 141, sempre que el seu règim jurídic, els seus estatuts i la seva autorització específica els habilitin per a això» (art. 145 LMV). Finalment s'aplica el principi comunament denominat «**passaport comunitari**», que consisteix que qualsevol empresa de serveis d'inversió autoritzada en Estat membre de la Unió Europea podrà fer a Espanya, bé amb l'obertura d'una sucursal, bé en règim de lliure prestació de serveis, serveis d'inversió i serveis auxiliars (art. 168 LMV). Precisament és per aquesta regla de lliure prestació de serveis de les empreses de serveis d'inversió comunitàries que existeixen uns criteris o requisits mínims uniformes a tots els països de la Unió.

4.4. Operacions en el mercat primari: emissió de valors

El **mercat primari** és aquell en el qual s'emeten valors negociables, que són subscrits originàriament pels inversors. Es tracta del moment del «naixement» d'aquests valors, mitjançant la seva «emissió» i subsegüent «subscripció» (augment de capital, emissió d'obligacions, etc.). No és un mercat «físic», sinó una manera de denominar el mode d'operar l'oferta i la demanda de títols. A partir d'aquí, qualsevol transmissió ja implica una segona o successiva adquisició i s'integra en un mercat secundari (organitzat o no). En el mercat primari el principal contracte o negoci és, lògicament, el d'**emissió i subscripció**, que normalment es fa amb una «oferta pública de subscripció de valors» (OPS). Al seu costat, també cobren protagonisme una sèrie de contractes «auxiliars» de l'emissió, com són els de direcció, col·locació o assegurances de l'emissió. El desenvolupament reglamentari en aquesta matèria està recollit, bàsicament, en el Reial decret 1310/2005.

L'**emissió de valors no requerirà autorització administrativa prèvia** (art. 33 LMV), però ha de complir una sèrie de requisits quan l'emissió es fa amb una «**oferta pública de subscripció**» de valors, que és el supòsit més comú. Com a oferta pública, l'article 35.1 LMV considera que ho és «tota comunicació a persones en qualsevol forma o per qualsevol mitjà que present informació suficient sobre els termes de l'oferta i dels valors que s'hi ofereixen, de manera que permeti a un inversor decidir l'adquisició o subscripció d'aquests valors». L'oferta pública de subscripció exigeix la publicació d'un **fullet**, que és la part fonamental de la regulació d'aquestes figures.

En certs casos, encara que l'emissió es faci al públic no es qualifica com a OPS, ni cal fer un fullet. Per exemple, si els títols són de valor nominal igual o superior a 50.000 euros. S'entén que són títols destinats a inversors d'uns certs coneixements financers i poder econòmic. L'LMV es va reformar per a incloure que en aquests casos, si l'emissió es fa amb publicitat, la contractació d'aquests valors s'ha de fer a través d'ESI (això va sorgir arran de l'anunci publicitari d'emissió d'una oferta de pagarés el valor nominal dels quals era de 50.000 euros i que, per tant, no es va fer com a OPS ni es va dipositar fullet informatiu. Aquests pagarés finalment no van ser reemborsats per l'emissor).

En aquestes **ofertes públiques** s'exigeix complir tots els requisits propis de l'admissió a negociació de valors en mercats regulats, amb les adaptacions i excepcions que reglamentàriament es determinin. D'acord amb el desenvolupament reglamentari, es requereix l'aportació de tres grups de documents: els que acreditin la subjecció de l'emissor i dels valors al règim jurídic que els sigui aplicable; els estats financers de l'emissor preparats i auditats d'acord amb la legislació aplicable a aquest emissor; i l'elaboració, autorització per la CNMV i publicació d'un **fullet informatiu** (art. 33 a 35 LMV i 38 a 40 RD 1310/2005).

Nota

Els models de fullet estan aprovats per l'Ordre ministerial EHA/3537/2005, de 10 de novembre.

La importància del fullet informatiu

El fullet informatiu és crucial, perquè implica una sèrie d'asseveracions sobre l'empresa emissora que l'inversor prendrà en consideració per a decidir si subscriu els valors. Prova d'aquesta importància és que l'emissor o oferent no podrà oposar davant de l'inversor de bona fe fets que no constin expressament en el fullet informatiu (art. 33.3 RD 1310/2005). Per aquesta raó, cal destacar les diferents responsabilitats que poden derivar-se de la incorrecció o falsedat de la informació subministrada en la comptabilitat, en els informes comptables o en el fullet: responsabilitat administrativa (art. 285.2 LMV), responsabilitat penal (art. 190 CP) i, per descomptat, responsabilitat civil (art. 38 LMV i 32 a 37 RD 1310/2005).

Cal destacar que, sovint, alhora que es planteja, es dissenya i es fa una emissió de valors, se'n sol·licita l'admissió a **negociació** en un mercat secundari. D'aquesta manera se n'incentiva la subscripció, ja que l'inversor sap que els títols són fàcilment «liquidables» i que permeten no solament una ràpida desinversió sinó estratègies especulatives.

Una vegada que s'ha publicat el fullet, s'obrirà el **termini de subscripció dels valors**. La tramitació, formalització i liquidació de l'oferta es farà tal com es preveu en el fullet. Si les acceptacions efectuades pels inversors sobrepassen el nombre de valors oferts, en el fullet s'haurà determinat com és el sistema d'adjudicació que cal seguir. A part de la regla d'un prorrateig igual entre tots els acceptants, solen ser també habituals les regles de preferència per data d'acceptació (criteri cronològic) o de subhasta (adjudicació al millor postor), o una conjugació d'algunes d'aquestes regles.

Cas Bankia: anul·labilitat de la subscripció d'accions per error

La STS de 3 de febrer de 2016 va anul·lar per error la compra que dos particulars havien realitzat accions de Bankia quan aquesta va fer l'OPV per sortir a Borsa. L'alt Tribunal va considerar que les greus inexactituds del fullet pel que fa a la situació patrimonial de Bankia havien ocasionat una falsa representació de la realitat en els adquirents. I tot això amb independència que aquestes inexactituds poguessin tenir o no rellevància penal. Arran d'aquesta sentència, Bankia ha organitzat un sistema de devolució de l'import de les compres als adquirents que eren particulars i que desitgin aquesta devolució.

En la pràctica, l'emissió de valors la fan les entitats després d'una sèrie d'**estudis previs** i, durant l'etapa de subscripció, amb la **col·laboració** amb institucions que busquen inversors i en faciliten o, fins i tot, n'asseguren la col·locació. Aquestes tasques han fet que sorgeixin diversos grups d'activitats, dels quals cal destacar els contractes de direcció, els de col·locació i els d'assegurament d'emissions de valors.

- **Direcció de l'emissió de valors:** implica que l'entitat que es proposa fer una emissió encarrega a una entitat especialitzada els estudis i tràmits previs necessaris per a configurar l'emissió.

Com es pot veure, aquesta tasca pot comportar multitud d'activitats diverses: estudis de mercat per a conèixer quin tipus de valors es demanen; contactes amb les institucions oficials per a conèixer els tràmits que cal desenvolupar; elaboració i presentació de documents per al compliment dels requisits administratius de l'emissió; etc. Per això, en cada cas caldrà detallar quina o quines són les comeses concretes de l'entitat directora.

Especial importància té l'obligació que s'imposa a l'entitat directora de l'emissió: ha de fer constar en el fullet que ha dut a terme les **comprovacions necessàries per a contrastar la qualitat i suficiència de la informació continguda en el fullet** i que, d'acord amb aquestes comprovacions, considera que no hi ha cap circumstància que contradigui o alteri la informació recollida en el fullet ni que s'hi ometin fets o dades significatives que puguin resultar rellevants per a l'inversor (art. 35 RD 1310/2005). D'aquesta manera, l'entitat directora assumeix una responsabilitat important, que podria determinar la seva responsabilitat civil en el cas que el fullet ometés dades significatives rellevants. També responen de la veracitat del fullet, òbviament, l'emissor i els seus administradors (art. 38 LMV i 33 RD 1310/2005).

- Una vegada feta l'emissió, normalment s'encarrega a entitats especialitzades (entitats de crèdit, societats o agències de valors) que busquin o contactin amb els inversors que puguin subscriure els valors. En això consisteix el contracte de «**col·locació d'emissions**». Sovint el «director» de l'emissió busca altres entitats i ESI que constitueixin el «sindicat de col·locació».
- De vegades el contracte de col·locació inclou una clàusula d'«**assegurament de la col·locació d'emissions**». Consisteix que el mateix gestor es compromet a col·locar tots els títols la subscripció dels quals se li encarrega, de manera que si no trobés tercers subscriptors suficients, adquiriria ell mateix els valors que no va poder col·locar (es tracta d'una comissió de garantia, art. 272 CCom). Encara que conceptualment és un negoci diferent del de col·locació, se sol instrumentar com una clàusula afegida al contracte de col·locació. Dins de les ESI, només poden fer aquest negoci les societats de valors.

Finalment, és molt comú que en fer una emissió de títols l'emissor contracti una **entitat de qualificació (rating)** perquè faci una qualificació de l'emissor i dels títols, jutjant sobre la solvència d'aquell i, en conseqüència, sobre les possibilitats de compliment dels compromisos adquirits amb aquests títols. Les entitats de qualificació no «garanteixen» ni asseguren que l'emissor complirà els seus compromisos, el que fan és donar la seva opinió sobre la seva situació financera a l'hora de fer l'emissió.

En aquesta matèria, vegeu el Reglament (CE) núm. 1060/2009, de 16 de juny de 2009, sobre les agències de qualificació creditícia, i la Llei espanyola 15/2011, de 16 de juny, que modifica determinades normes per a fer efectiu aquest reglament comunitari.

4.5. Operacions en els mercats secundaris

4.5.1. Concepte i classes

Mercats secundaris són aquells en els quals es negocia amb títols ja emesos i subscrits (que, així, es venen per segones i successives vegades). Hi ha diversos **mercats secundaris oficials**, regulats legalment (art.43 LMV):

Per a la regulació dels mercats secundaris oficials de futurs, opcions i altres instruments financers, vegeu el Reial decret 1282/2010, de 15 octubre, i la Resolució CNMV de 21 de desembre de 2010, per la qual es publica el Reglament del mercat secundari oficial de futurs i opcions (MEEF). L'únic mercat de futurs i opcions sobre actius subjacents no financers actiu actualment és sobre oli d'oliva (Ordre ECO/3235/2002, de 5 de desembre. N'hi havia un altre sobre cítrics que va ser actiu uns pocs anys). Vegeu <http://www.meff.es/>.

- Les borses de valors.
- El mercat de deute públic en anotacions.

En el mercat de deute públic en anotacions es venen títols de deute públic emesos per l'Estat, però també per altres organismes públics si sol·liciten ser admesos a cotització (com comunitats autònomes, Banc Europeu d'Inversions, etc.; vegeu art. 59 LMV). El seu organisme rector és el Banc d'Espanya. La regulació bàsica està continguda en els articles 59 a 63 LMV i en la Circular 2/2007, de 26 gener, del Banc d'Espanya sobre el mercat de deute públic en anotacions. Vegeu <http://www.tesoro.es/>.

- Els mercats de futurs i opcions, sigui quin sigui el tipus d'actiu subjacent.
- El mercat de renda fixa AIAF.

El mercat AIAF de renda fixa és bastant actiu i, com el seu nom indica, es limita a títols de renda fixa (obligacions, pagarés, bons, etc.). Vegeu <http://www.aiaf.es/>.

- Tos els altres, d'àmbit estatal o autonòmic, que s'autoritzin complint una sèrie de requisits legals.

A part dels mercats oficials, també n'hi ha altres de regulats legalment, però amb més flexibilitat operativa i no oficials, com Latibex o MAB (Mercat Alternatiu Borsari). Actualment, la societat Bolsas y Mercados Españoles (BME) és l'operador de tots els mercats de valors i sistemes financers a Espanya, les filials del qual són la majoria de les societats rectores dels mercats secundaris oficials i no oficials. Vegeu <http://www.bolsasymercados.es/>.

El mercat secundari més rellevant, atès el que ens interessa en el nostre estudi, i que pot servir de paradigma de la resta, és la **borsa de valors**. En les borses poden cotitzar-hi gran quantitat de valors negociables diferents, tot tipus de valors i d'instruments financers, amb la determinació prèvia de la CNMV (art. 53 LMV). Les accions, i els títols que donin dret a subscriure'n, només poden negociar-se en borsa; però, a més, poden demanar l'admissió molts altres tipus de títols. En qualsevol cas, per a l'admissió a negociació en Borsa (i a qualsevol mercat secundari oficial) cal que es compleixin els requisits establerts legalment i reglamentàriament, i que l'emissor dels valors sol·liciti aquesta negociació a la CNMV. A això dedica la seva regulació el títol III LMV, ja tractat en aquest epígraf (apartat «Operacions en el mercat primari: emissió de valors»).

4.5.2. Contracte de comissió borsària

Abans de tractar el negoci genuïnament borsari, que és el de compravenda, cal abordar el contracte de comissió borsària, ja que cronològicament és anterior al de compravenda. En efecte, en la immensa majoria dels casos el comprador o venedor de valors necessita, per a fer el seu negoci en borsa, **ordenar a**

un intermediari especialitzat que s'encarregui d'aquesta compra o venda. Els particulars no poden actuar directament en el mercat secundari, sinó que és necessària la intermediació al·ludida.

Lògicament, pot produir-se una contractació directa de la compravenda entre dos particulars, sense subjecció a les regles dels mercats oficials, però fins i tot en aquest cas han de comunicar la realització d'aquesta operació a un membre del mercat, que, al seu torn, la comunicarà als organismes rectors. És l'anomenada «presa de raó», en la qual l'intermediari simplement pren coneixement de l'operació, però no rep ni el preu ni els títols (vegeu STS 14.11. 2011).

L'encàrrec de compra o venda a un membre del mercat encaixa en els motlles d'un negoci de mandat o comissió. Però té unes característiques pròpies que hi atorguen un perfil propi, que fa que puguem parlar de la «**comissió borsària**» com un tipus de comissió específic i amb regles pròpies, afegides a les generals (les quals, per descomptat, segueixen sent aplicables):

- **Caràcter obligat de l'acceptació de la comissió.** Els membres de la borsa estan obligats a acceptar l'ordre de compra o venda (art. 71 LMV, que permet subordinar aquesta acceptació a l'acreditació que l'ordenant podrà complir les seves obligacions).
- **Actuació de l'intermediari en nom propi.** L'intermediari borsari tradicionalment actua en nom propi, fins i tot en el cas que faci el negoci per compte del seu client. Això és així perquè interessa que els subjectes jurídicament responsables de les obligacions pròpies de la compravenda siguin aquests intermediaris, l'existència, identitat i solvència dels quals estan controlades. D'aquesta manera el lliurament dels títols serà exigible al membre que actuï com a venedor, i el pagament, al membre que aparegui com a comprador. Des d'aquest punt de vista, que actuïn per compte d'altri (com sempre ho fan les agències, per exemple) és irrellevant per a la contrapart, ja que qui és jurídicament obligat és sempre el membre del mercat, i no el seu «client».
- **Actuació de l'intermediari com a comissionista de garantia.** L'article 71.3 LMV estableix que «En les operacions que facin per compte d'altri, els membres dels mercats secundaris oficials de valors respondran davant dels seus comitents del lliurament dels valors i del pagament del seu preu». El comissionista garanteix al comitent el compliment pel tercer, de manera que si aquest no executa les seves obligacions, ho farà el comissionista amb fons propis i amb dret de repetició davant de la contrapart (sobre la comissió de garantia, vegeu art. 272 CCom). El que no garanteix, ni pot garantir, el comissionista és que executarà l'ordre (que trobarà contrapart).
- **Possibilitat d'«autoentrada» i d'«aplicació d'ordres».** En principi, el comissionista no pot «autoentrar» en el contracte, és a dir, col·locar-se com a contrapart del comitent i comprar-li el que aquest li mana vendre o, viceversa, vendre-li béns propis que el client va ordenar comprar. Tampoc no pot «aplicar» ordres: si un membre del mercat rep dues ordres comple-

mentàries no pot casar-les directament, sinó que haurà de buscar un preu igual o millor en el mercat per a cadascuna; si no troba aquest preu per a cap de les dues podrà aplicar les ordres. Això és així perquè en aquest cas podria buscar el seu propi interès en comptes del propi del mandant (comprar-li els títols més barats que el preu que oferiria un tercer, o vendre'ls més cars que el preu de mercat). No obstant això, tradicionalment aquesta regla s'ha exceptuat en el tràfic borsari sempre que es compleixin dos requisits: que es busqui un tercer que ofereixi un preu o condicions iguals o millors que les que l'intermediari està disposat a oferir i no s'hagi trobat (art. 3 RD 1416/1991); i que el comitent autoritzi aquesta autoentrada o aplicació (art. 72 LMV).

A part d'aquestes regles, la normativa de desenvolupament del mercat de valors estableix uns **deures específics d'informació i documentació de les operacions**. Com a deures precontractuals s'estableix l'obligació d'informar els possibles futurs clients sobre l'intermediari, dels productes financers i els tipus de contractes, i del deure de classificar el client (sobre les proves d'idoneïtat i conveniència vegeu l'apartat «Subjectes que operen en el mercat: emissors, inversors i intermediaris»). Quant a la fase de perfecció del contracte, la normativa exigeix que les ordres del comitent s'arxivin; a més de l'arxiu de justificants d'ordres, l'intermediari ha de portar un registre d'operacions en el qual constaran les ordres rebudes i l'actuació exercida en relació amb aquestes. Finalment, s'exigeix sempre la cerca de l'interès del client i d'efectuar l'operació en les condicions més avantatjoses per a aquest. En tot cas, el comissionista no està obligat a prestar assessorament a l'inversor sobre l'operació ordenada, tret que així es pacti expressament (i, per tant, no respon si després la inversió produeix pèrdues; STS 18.04.2013).

4.5.3. Contracte de compravenda borsària

La compravenda borsària és, ara com ara, una operació que **se celebra i executa al comptat**. És a dir, els contractants han de complir les seves obligacions de lliurament de títols i del preu sense dilació. No obstant això, atès l'immens volum de títols que es negocien cada dia, en la pràctica l'execució material de les prestacions (abonament del preu i canvi en la titularitat dels valors) es demora tres dies (D+3). En qualsevol cas el lliurament dels títols s'ha facilitat enormement gràcies a la seva configuració com a «anotacions en compte», de manera que el «lliurament» del títol es fa simplement modificant la titularitat a la central d'anotacions.

Cal assenyalar que l'execució de les operacions es fa d'una manera molt específica i adequada precisament al tipus de contractació borsària, caracteritzat per la intermediació, la concentració en el mercat i els alts volums de contractació. En realitat, no s'executa cada operació individualitzadament entre comprador i venedor, sinó que es fa una **compensació i liquidació global de totes les operacions** per part de cada membre del mercat, a conseqüència de la qual resultarà deutor de certs títols (aquells dels quals hagi venut més dels que ha comprat), creditor d'uns altres i deutor o creditor de diners (depenent de si l'import de totes les vendes que hagi fet és superior o inferior a l'import de totes les compres). Aquesta matèria ha estat reformada pel Reial decret 878/2015, que ha separat com a operacions la compensació i la liquidació, i fa que actuïn en cadascuna entitats diferents. D'aquesta manera, tot el que lliurin els membres de mercat que hagin resultat

deutors de títols i/o diners anirà a parar, definitivament, als membres de mercat que hagin resultat creditors de títols i/o diners. Aquest sistema de liquidació global, que s'empra tradicionalment en les borses, estava en tot cas imposat pel dret comunitari.

Encara que a les borses espanyoles no es pot operar a termini, s'aconsegueix més o menys el mateix efecte en permetre's que el comprador o el venedor **sol·licitin un crèdit per a executar la seva operació**. D'aquesta manera, el prestatari pot operar «al descobert», és a dir, sense tenir tots els diners o tots els títols que, respectivament, hagi de pagar (si és comprador) o lliurar (si és venedor). La no-autorització de les operacions a termini queda així mitigada en els seus efectes. Aquest crèdit als comitents està regulat en l'Ordre ministerial de 25 de març de 1991. Amb aquest crèdit l'operació es compleix al comptat, ja que l'acreditat paga o lliura títols, segons la seva condició, al comptat, precisament amb els valors o diners que li han prestat; però aquest acreditat, al seu torn, ha de restituir aquests valors o diners al prestador en el venciment pactat.

En la lògica de l'inversor borsari, sol afirmar-se que l'inversor que prevegi la pujada de cotització d'un valor l'adquirirà ara sol·licitant un crèdit de diners, i vendrà aquest valor quan hagi pujat de preu, i així obtindrà diners suficients per a retornar el préstec i a més es quedarà un guany. I, viceversa, l'inversor de previsió «a la baixa» vendrà títols la cotització dels quals prevegi que baixarà, títols que no té però que demana prestats; i quan arribi el moment de lliurar-los al seu prestador, els adquirirà en el mercat més barats que el preu que va obtenir-ne en el seu moment, de manera que en resultarà un guany. Lògicament, si les previsions de l'inversor no es compleixen tindrà una pèrdua, o haurà de fer una operació «de cobertura» amb un nou crèdit (aconseguirà així ara els diners o els títols que ha de lliurar, tot esperant que quan li arribi el moment de restituir el segon crèdit els títols ja hauran baixat o pujat de preu segons la seva previsió. Aquesta actitud sol denominar-se, en l'argot borsari, «prorrogar la posició»).

4.6. Altres operacions en els mercats de valors

4.6.1. Ofertes públiques d'adquisició

L'OPA és, com el seu propi nom indica, una «oferta general» d'adquisició de títols, que **es fa pública** perquè tot el mercat la conegui. Un inversor pot adquirir lliurement títols de qualsevol societat anònima específicament a accionistes concrets que vulguin vendre; però també pot fer un anunci, oferint-se precisament a adquirir un nombre de títols més o menys elevat. D'aquesta manera, tots els socis de l'entitat coneixeran la seva intenció i podran acceptar aquesta oferta en igualtat de condicions. Per a regular adequadament aquesta oferta, assegurar la seriositat de l'oferent i que realment podrà complir les obligacions de pagament derivades, etc., la Llei estableix un règim especial. Ara bé, també s'obliga en certs casos qui desitgi adquirir títols d'una societat que cotitza en borsa que no els adquireixi lliurement i individualitzadament, sinó mitjançant una OPA. La regulació es conté en els articles 128 a 137 LMV, i ha estat objecte de desenvolupament en el Reial decret 1066/2007, de 27 de juliol, normativa que es limita a OPA sobre accions de societats cotitzades.

El règim de les OPA es justifica, així, per les **funcions que compleix l'oferta pública**. D'una banda, una funció de publicitat general, de publicació que l'oferent desitja adquirir accions, perquè tots coneguin aquest desig. D'altra banda, i unida a l'anterior, s'aconsegueix una funció de col·locar tots els interessats en condicions d'igualtat. En conèixer els accionistes de l'entitat afectada que una persona desitja adquirir, tots tindran

les mateixes possibilitats d'alienar-li els títols a un mateix preu i condicions. Si les acceptacions sobrepassen el que l'oferent desitjava comprar, es farà un prorrateig pur, sense donar preferència a un o un altre acceptant per criteris com la data d'acceptació o el volum de venda. A més, en el cas que algú ja hagi adquirit el control de la societat, la resta de socis podrà vendre-li les seves accions al preu (normalment més alt que el normal) més elevat que hagi pagat aquest soci de control en l'últim any.

La regulació del Reial decret parteix de l'**OPA obligatòria de presa de control** com a OPA bàsica. Es tracta d'una OPA que ha de fer una entitat quan ha aconseguit el control d'una societat cotitzada, i que ha de dirigir a tots els titulars d'accions o de títols que puguin donar lloc a la subscripció d'aquestes accions. A aquests efectes, i molt bàsicament, s'entén que s'ha aconseguit el control d'una societat cotitzada quan es té un paquet d'accions que suposa el 30% dels vots o més (o quan de fet aquest percentatge s'obté mitjançant pactes parasocials), i per a aquest còmput es tenen en compte no solament les accions de l'entitat, sinó les que tenen les societats del seu mateix grup i les altres persones que actuen concertadament amb la primera entitat (vegeu art. 131 LMV i 5 RD). Quant al **preu equitatiu**, vol dir que no pot ser un preu inferior al més elevat que l'oferent, o els controlats per ell, hagués ofert per aquests títols en els dotze mesos previs a l'anunci de l'oferta (art. 130 LMV). Com s'aprecia, es tracta d'una OPA postcontrol, que busca anunciar als socis que hi ha un soci majoritari i donar-los la possibilitat de vendre les seves accions en aquest soci (en cas contrari, seran socis d'una entitat controlada pel soci majoritari).

A part d'aquest supòsit, hi ha dos casos més d'OPA obligatòries. En primer lloc, l'**OPA per exclusió de cotització**: si una societat cotitzada acordés excloure la cotització, ha de fer una OPA a tots els seus socis, perquè qui ho desitgi vengui els títols a la societat (art. 10 RD). D'aquesta manera es reconeix una mena de «dret del soci d'una societat cotitzada» que aquesta cotitzi, ja que si deixa de fer-ho se li dóna la possibilitat de desfer la seva inversió a un preu equitatiu. Certament deixar de cotitzar suposa un canvi important, ja que implica fer molt més difícil, en la majoria dels casos, la venda dels títols. En segon lloc, l'**OPA per reducció de capital mitjançant** adquisició d'accions pròpies: quan una societat cotitzada acordi reduir capital adquirint accions pròpies, podrà fer-ho mitjançant una OPA als seus socis (art. 12 RD).

Aquesta oferta ha de reunir tot un seguit de **requisits** que assegurin que compleix adequadament les seves funcions: publicitat, terminis d'acceptació, paquets d'adquisició, etc. A més, cal comprovar que l'oferent podrà satisfer els seus compromisos (règim de garanties), per a defensa dels accionistes que acceptin l'oferta i de la regularitat del funcionament del mercat en general. Per tot això, es regula un procediment relativament complex amb una sèrie d'exigències el compliment de les quals és comprovat prèviament per la CNMV, que és la que ha d'autoritzar aquesta oferta.

Sovint una societat cotitzada adopta una sèrie de mesures dirigides a evitar que un soci o un tercer adquireixi el «control de la societat» (mitjançant adquisicions aïllades o mitjançant una OPA voluntària), o a impedir que, si ha aconseguit el 30% referit i formula una OPA, aquesta tingui èxit. Sol parlar-se,

en aquest sentit, de «**mesures antipresa de control**» o «**anti-OPA**», prèvies a la formulació d'una OPA o posteriors. Entre les prèvies, el fonamental és aconseguir la fidelització del soci o adoptar clàusules estatutàries o pactes parasocials de contingut concret (per exemple, restriccions a la transmissibilitat en pactes parasocials o restriccions al dret de vot. No obstant això, la junta pot adoptar, amb acords presos amb els quòrums reforçats de l'article 194 LSC, mesures de neutralització de les clàusules estatutàries o dels pactes parasocials anti-OPA ja existents, articles 135 LMV i 29 RD 1066/2007). Quant a les posteriors, els articles 135 LMV i 28 RD 1066/2007 estableixen una sèrie de restriccions, entre les quals destaquen que els administradors de la societat afectada han de sol·licitar l'autorització de la junta general –amb els quòrums reforçats de l'article 194 LSC– per a poder adoptar mesures que intentin frustrar l'OPA (com, per exemple, l'emissió de valors o l'alienació d'immobles).

4.6.2. Ofertes públiques de venda

Com el seu propi nom indica, les ofertes públiques de venda són ofertes obertes al públic de **venda de títols** ja emesos i subscrits. Es tracta, per tant, d'una operació del mercat secundari, en la qual el titular d'un paquet important de títols ofereix la seva alienació a qui vulgui acceptar-la (bé al públic en general, bé a certs tipus d'inversors concrets –institucionals, particulars, etc.–; en ocasions, l'oferta té característiques diferents –preu, volum mínim de títols que poden adquirir-se, etc.–, depenent del tipus d'inversor que l'accepti). És una operació que sol utilitzar-se en els casos de privatització d'empreses públiques (l'Estat, propietari dels títols, ofereix vendre'ls al públic; així, quan es va privatitzar i treure a Borsa a Bankia); quan una societat dominada per uns pocs accionistes desitja «sortir» a borsa, per a la qual cosa necessita que una part important del capital estigui «dispersa» o «distribuïda» entre el públic; o, en fi, quan el titular d'un paquet important d'accions o obligacions vol alienar-los. Aquesta matèria està regulada en l'article 35 TRLMV.

4.6.3. Serveis d'inversió

Com hem exposat, l'article 140 LMV és el que estableix la llista dels «serveis d'inversió», fins a un nombre de sis. Bona part d'aquests han estat ja estudiats en diversos llocs d'aquest apartat, per la qual cosa tractarem els dos que queden. Quant a l'**assessorament en matèria d'inversions**, la qüestió més rellevant en aquesta matèria es planteja sobre si l'assessorament va ser l'adequat, la qual cosa ha de jutjar-se no pel resultat final de la inversió, sinó segons les perspectives que existien sobre els valors en el moment de l'assessorament (vegeu STS 20.01.2014).

Només ens queda referir-nos al servei assenyalat amb la lletra d) en aquest precepte, «**La gestió discrecional i individualitzada de carteres d'inversió** conformement als mandats conferits pels inversors». Aquest contracte consisteix en l'encàrrec fet a favor d'una ESI o entitat assimilada perquè gestioni, discrecionalment però d'acord amb una sèrie de criteris previs, una cartera de

valors del comitent. Aquest disposa d'una sèrie de valors o d'efectiu i desitja invertir-los, i confia en el criteri professional i en els coneixements especialitzats de l'empresa de serveis d'inversió. Cal destacar que l'inversor ha de fixar uns criteris generals per a dirigir la inversió de l'intermediari financer (exposició al risc, etc.), de manera que és una gestió discrecional però d'acord amb uns criteris previs del client. Precisament les STS de 17 i 18 d'abril de 2013 condemnen el gestor per haver invertit en valors de cert risc, quan el perfil del client era conservador (és a dir, de no-assumpció de risc). El contracte es diferencia, així, del simple assessorament en aquesta matèria, després del qual és el client assessorat qui pren la decisió d'inversió.

Resum

La «contractació mercantil» forma un tot juntament amb la «contractació civil», ja que els criteris que van decidir la codificació de normes separades no tenen sentit avui dia. Hi ha una **única realitat de contractes oferts i formalitzats en el marc del mercat**, siguin civils o mercantils, que es regeix per una regulació unitària en molts aspectes, i encara més en l'àmbit internacional. Com a molt, actualment, hauria de contraposar-se la «contractació entre empresaris» a la «contractació amb consumidors», en la qual es defensa específicament el consumidor quant a la transparència i a l'equilibri en les posicions contractuals. En tota la contractació han de tenir-se en compte les **regles generals d'obligacions i contractes**, entre les quals no hi ha pràcticament diferències reals en la regulació de tots dos codis, i en les quals cobren importància regulacions sectorials modernes de la **contractació amb condicions generals** i de la **contractació electrònica**.

La contractació actual ha d'entendre's com l'**activitat real de les empreses** en produir béns i serveis que es comercialitzen a altres empreses i consumidors. En aquesta activitat empreses i consumidors es financen, compren, venen, contracten serveis, transporten, s'asseguren, etc., i cadascuna d'aquestes prestacions es canalitza concertant un contracte. Cada «grup contractual» es pot caracteritzar segons la prestació fonamental que es fa (finançar, transmetre la propietat, mitjançar, prestar un servei, assegurar, etc.), però el que **dóna sentit a cada contracte** és l'interès global que es cobreix amb tota l'activitat del subjecte.

En aquests materials es recorden les claus de contractes ja estudiats en altres materials del grau, i s'exposen amb més deteniment dos grups de negocis que no han estat objecte d'un tractament específic: el contracte de **transport** terrestre de mercaderies, i els contractes del **mercats de valors**, tant en «emetre» valors en el mercat primari, com en negociar en el «mercat secundari» valors ja emesos i col·locats.

Exercicis d'autoavaluació

Per a resoldre'ls cal consultar els materials i la legislació.

1. El concepte «legal» de «contracte mercantil» és:

- a) El contracte formalitzat entre empresaris.
- b) El contracte en el qual una de les parts és empresari.
- c) El contracte que té per objecte mercaderies.
- d) No existeix un «concepte legal» de contracte mercantil, sinó una caracterització, cas per cas, de quan és mercantil un contracte concret.

2. Segons la Llei de morositat en les operacions comercials, el termini per a pagar les mercaderies en relacions entre comerciants:

- a) Serà el pactat per les parts, sense cap límit.
- b) Serà el pactat per les parts, però sense excedir el termini màxim de seixanta dies.
- c) Serà el pactat per les parts, però sense excedir, com a regla general, el termini màxim de trenta dies.
- d) Si no hi ha pacte, serà de deu dies, si l'obligació generada és ordinària, i de l'endemà, si és executiva.

3. Assenyala quin dels següents no és un requisit del concepte de condició general de la contractació:

- a) Són clàusules preredactades o predisposades.
- b) Són clàusules preredactades per l'empresari que les imposa a la contrapart.
- c) Són clàusules no negociables, que es prenen completament o es deixen.
- d) Són clàusules que es redacten per a ser incorporades a una pluralitat de contractes.

4. Assenyala quina de les afirmacions següents és l'única incorrecta en relació amb el «control d'inclusió» de les condicions generals de la contractació:

- a) Ha d'existir una informació prèvia del seu contingut, anterior al contracte, i correspondre a l'adherent la prova que es va complir aquest requisit.
- b) No s'incorporen les condicions que no es van poder conèixer en el moment de la celebració del contracte.
- c) La redacció ha d'ajustar-se als criteris de transparència, claredat, concreció i senzillesa.
- d) L'incompliment d'algun dels requisits d'inclusió determina, com a regla general, la nul·litat de la clàusula per la qual s'incomplixin, però el manteniment de la resta del contracte.

5. Prudenci, actuant com a consumidor, ha comprat per internet una impressora. Abans que arribi, aprofita una bona oferta i en compra una altra de segona mà. Quan li arriba la que ha comprat per internet, ens planteja si la pot retornar.

- a) Depèn de si el venedor concedeix un «dret de desistiment» o un termini de devolució al comprador.
- b) Podrà retornar-la, sense suportar despeses ni cap cost.
- c) Podrà retornar-la, però pot ser que s'hagi de fer càrrec dels costos de devolució.
- d) No podrà retornar-la, ja que la llei no pot emparar un canvi capritxós de parer.

6. El benefici d'excussió del fiador significa que:

- a) Per a cobrar al fiador cal, abans, haver intentat cobrar al deutor, i que l'intent hagi estat fallit.
- b) Pot oposar-se al pagament indicant béns del deutor realitzables dins del territori espanyol que siguin suficients per a cobrir l'import del deute.
- c) Si existeixen diversos fiadors, el fiador pot exigir que se li reclami només la part proporcional al nombre de fiadors.
- d) Pot excusar-se del pagament si hi ha hagut un pacte de *non petendo* entre deutor avalat i creditor pel qual aquest renúncia a l'exigència del deute durant el temps pactat.

7. En Pere compra a Alemanya cotxes de la marca RRR, que, al seu torn, porten incorporat un motor fabricat segons la patent WWW. Els porta a Espanya i els revén aquí, a un preu molt inferior a aquell pel qual es venen a Espanya. L'empresa RRR, titular de la marca, ens pregunta si podrà impedir que en Pere faci aquesta operació.

- a) Sí, podrà impedir-li-ho, ja que com a empresa ha de controlar la comercialització dels béns de la seva marca.
- b) Podrà impedir-li-ho si el preu fixat per en Pere és superior al preu que la mateixa empresa posa al producte.
- c) Podrà impedir-li-ho si el preu fixat per en Pere és igual o inferior al que la mateixa empresa posa al producte.
- d) No podrà impedir-li-ho.

8. Segons la Llei, els drets d'explotació de la propietat intel·lectual que implica la pàgina web creada:

- a) Corresponen a l'empresa de serveis informàtics.
- b) Corresponen al client que contracta la creació de la pàgina.
- c) Corresponen a l'empresa de serveis, però normalment se'n pacta la cessió al client.
- d) La Llei no estableix res sobre aquest tema, i el millor és pactar que aquests drets corresponen o se cedeixen al client.

9. Pel contracte de còpia de seguretat (*back-up*):

- a) Es lliura una còpia del codi font del programa d'ordinador a un tercer, que la conserva, i a la qual pot accedir el licenciatari en determinats supòsits.
- b) Es diposita en un centre informàtic especialitzat una còpia del sistema informàtic del client.
- c) El licenciadador lliura una còpia del programa informàtic al client, que la conserva com a «còpia de seguretat».
- d) El licenciatari fa una còpia de seguretat del codi font del programa, que guarda en el seu servidor.

10. Assenyala quina de les afirmacions següents és l'única certa en matèria de compravenda mercantil. Segons el Codi de comerç:

- a) Serà mercantil la compra de qualsevol tipus de bé per a revendre'l, amb ànim de lucrar-se en la revenda.
- b) No serà mercantil la compra d'un bé per a revendre'l si finalment el revenedor no obté lucre en la revenda.
- c) Serà mercantil la compra feta entre comerciants i destinada al tràfic comercial.
- d) No serà mercantil la venda feta per l'agricultor o el ramader dels productes de les seves collites o bestiar.

11. La Maria i en Joan s'han comprat un cotxe per a ús familiar (no el fan servir per a l'activitat laboral, perquè normalment els dos van a la feina en transport públic). Al cap de nou mesos des de l'entrega del cotxe, s'adonen que el cotxe no funciona adequadament (no arriba a la velocitat normal, fa sacsejades quan s'accelera, etc.). Poden reclamar contra el venedor?

- a) Sí, perquè disposen d'un termini de dos anys des de l'entrega per a reclamar pels defectes originaris.
- b) Depèn del termini de garantia que hagin pactat amb el venedor.
- c) No, perquè el termini per a reclamar per vicis ocults és de trenta dies.
- d) No, perquè el termini per a reclamar per vicis ocults és de sis mesos.

12. L'empresa X va vendre un cotxe a en Pere, que l'utilitza per a ús propi. Van pactar un pagament a terminis durant dos anys i una reserva de domini fins a haver pagat tots els terminis. Al cap d'un any, un creditor d'en Pere embarga el cotxe per poder satisfer el crèdit. L'empresa X ens pregunta si pot fer alguna cosa per tal d'impedir la continuació de l'embargament.

- a) Sí que hi pot fer alguna cosa, si el contracte es va inscriure en el Registre de Venda a Terminis de Béns Mobles.
- b) Sí que podrà, ja que es va pactar una reserva de domini, i això implica que no ha deixat de ser propietària.

- c) No podrà en cap cas, ja que el pacte de reserva de domini és un acord intern entre comprador i venedor.
- d) L'embargament seguirà el seu curs, però el venedor tindrà un dret de preferència –per a cobrar els terminis que falten– abans que el creditor que va instar l'embargament.

13. L'Eduard encarrega a l'agència immobiliària Immobiliària la venda del seu habitatge per un preu determinat. L'agència, actuant en nom aliè, formalitza el contracte de venda pel preu fixat amb la Joana com a compradora, que comprova que l'habitatge té una sèrie de defectes. Contra qui pot reclamar?

- a) Contra l'agència immobiliària, perquè és la que ha signat el contracte.
- b) Contra l'Eduard, perquè és qui ha de respondre dels defectes.
- c) Contra l'Eduard, però tenint en compte que també hi ha una responsabilitat subsidiària de l'agència per haver actuat com a intermediari.
- d) Contra l'Eduard i l'agència, que responen solidàriament dels defectes.

14. En Julio ha estat contractat com a agent mercantil, sotmès a la Llei 12/1992, i ha estat promovent contractes per al principal durant cinc anys. Passa aquest temps, el principal posa fi a la relació (que era per temps indefinit). En Julio ens pregunta si pot al·legar que la relació que tenia, ara que s'ha acabat, era laboral, ja que acudia al local del principal, utilitzava els mitjans materials del principal i visitava els clients que li indicava el principal.

- a) No podrà reclamar això, ja que, en acceptar que la relació amb el principal era mercantil, aquest pacte el vincula.
- b) No podrà reclamar això, perquè la feina de l'agent és sempre mercantil i no laboral.
- c) Pot reclamar, acreditant aquesta dependència de les ordres del principal.
- d) Podrà reclamar els danys i perjudicis causats, però no podrà exigir cap condició que li pogués ser aplicable com a personal laboral del principal.

15. Segons el Reglament comunitari 330/2010 sobre acords verticals i pràctiques concertades:

- a) Franquiciador i franquiciat poden fixar els preus de revenda.
- b) Franquiciador i franquiciat poden fixar els preus de revenda, si la quota de mercat d'aquell és inferior al 30%.
- c) Franquiciador i franquiciat no poden acordar els preus de revenda, ni imposar-los el franquiciador.
- d) Franquiciador i franquiciat no poden fixar els preus de revenda, però sí establir uns preus mínims.

16. Assenyala quina de les afirmacions següents és l'única correcta, segons la jurisprudència actual:

- a) El concessionari/franquiciat no té en cap cas dret a indemnització en el moment de finalització del contracte, atès que ja ha obtingut un marge comercial lliure que comporta un guany important.
- b) El concessionari/franquiciat té dret a indemnització en el moment de finalització del contracte si ha incrementat la clientela del principal o hi ha altres raons que justifiquen la indemnització.
- c) El concessionari/franquiciat té dret en el moment de la finalització del contracte a una indemnització, l'import de la qual serà la mitjana de la remuneració anual dels últims cinc anys.
- d) El concessionari/franquiciat té dret a indemnització en el moment de finalització del contracte si aquest ha durat més de deu anys.

17. Assenyala quina de les afirmacions següents és l'única incorrecta, en relació amb el contracte de transport terrestre de mercaderies:

- a) Acreditat el dany a la mercaderia, la llei presumeix la responsabilitat del portador, que podrà alliberar-se'n si prova l'existència d'alguna de les causes d'exoneració previstes legalment.
- b) Si el portador respon, existeix un límit a aquesta responsabilitat, fixat en una quantitat màxima per quilo en el cas de pèrdues, i en el preu del port en cas de retard.
- c) No hi ha cap límit a la responsabilitat del portador en els casos de comportament greument negligent del portador.
- d) Si es planteja un litigi entre les parts, l'única via procedent és la judicial davant del jutge del mercantil.

18. L'empresa Transports porta una partida de fruita per encàrrec de Carregador a Sevilla. Quan arriba a la destinació, en descarregar la fruita adverteixen que està podrida. Assenyala quina de les afirmacions següents és l'única correcta:

- a) Transports ha de respondre'n, tret que acrediti que la mercaderia ja estava en mal estat abans de carregar-la o que la pèrdua no va ser culpa seva.
- b) Transports haurà de respondre'n en tot cas, ja que no hauria d'haver admès una partida de fruita molt madura.
- c) Carregador suportarà la pèrdua, ja que és a càrrec seu el risc de la mercaderia per ser-ne el propietari.
- d) Carregador haurà de respondre'n, tret que provi que la culpa de la pèrdua va ser del portador.

19. Qui disposi d'una informació sobre valors que no sigui pública i que, si es fa o s'hagués fet pública, podria influir sobre la cotització:

- a) Haurà de comunicar-la immediatament a la CNMV, perquè la publiqui en el seu web.
- b) No podrà fer cap tipus d'operació sobre aquests valors.
- c) Podrà fer qualsevol operació sobre aquests valors, aprofitant aquest coneixement privilegiat per a obtenir un guany.
- d) No podrà fer operacions sobre aquests valors, però sí comunicar la informació a tercers.

20. Determina quin dels elements següents no és un «instrument financer» a l'efecte de la Llei del mercat de valors.

- a) La «participació» d'una societat de responsabilitat limitada.
- b) L'«acció» d'una societat anònima.
- c) L'«obligació» emesa per una societat anònima.
- d) Un «derivat financer» sobre valors.

21. Assenyala quina de les afirmacions següents relatives a l'inversor minorista no és correcta:

- a) Inversor minorista (segons la Llei de mercat de valors) és el mateix que consumidor (segons la Llei general de defensa de consumidors i usuaris).
- b) Una institució d'inversió col·lectiva no és inversor minorista.
- c) A l'inversor minorista se li han de fer les proves de conveniència o d'idoneïtat.
- d) L'inversor minorista està protegit pel Fons de Garantia d'Inversions.

22. Determina quina de les afirmacions següents és l'única correcta, en relació amb els contractes relatius a la col·locació d'emissions de títols:

- a) Tota ESI pot actuar com a intermediari en la col·locació d'emissions.
- b) Tota emissió de valors es fa amb una oferta pública de subscripció.
- c) El director de l'emissió respon de la veracitat de les afirmacions que consten en el fullet d'emissió.
- d) Les ESI que s'ocupen de la col·locació poden, en tot cas, assegurar aquesta col·locació, de manera que es comprometen que tots els valors siguin subscrits.

23. En la compravenda borsària:

- a) El contracte pot complir-se al comptat o a termini.
- b) Cada operació de compravenda es liquida i executa individualment.
- c) L'adquiridor pot fer operacions directament, sense necessitat de recórrer a intermediaris abans ni després de la contractació, quan l'import de la compra sigui superior a deu mil euros.
- d) El comitent pot obtenir un crèdit per a obtenir part dels títols que vengui, o part dels diners amb els quals hagi de pagar la compra.

24. En l'OPA obligatòria de presa de control:

- a) L'oferent ha de fer una oferta pel 50%, com a mínim, dels títols de la societat afectada.

- b)** L'ofertant ha d'oferir com a preu, com a mínim, el millor preu ofert en les compres que ell hagi fet sobre aquests títols en els dotze últims mesos.
- c)** L'ofertant està obligat a fer l'oferta si posseeix, directament o indirectament, el 25% dels vots de la societat afectada.
- d)** L'ofertant està obligat a fer l'oferta si pensa fer una adquisició amb la qual superi el 25% dels vots de la societat afectada.

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

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

Abreviatures

CC Codi civil

CCom Codi de comerç

LCagència Llei de contracte d'agència

LCS Llei de contracte d'assegurança.

LCTTM Llei de contracte de transport terrestre de mercaderies

LGDCU Text refós de la Llei general de defensa de consumidors i usuaris

LMV Text refós de la Llei del mercat de valors

LOCM Llei d'ordenació del comerç minorista

LOPJ Llei orgànica del poder judicial

LOTT Llei d'ordenació del transport terrestre

LSP Llei de serveis de pagaments

LVPBM Llei de venda a terminis de béns mobles

RD Reial decret

STJUE Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea

STS Sentència del Tribunal Suprem

STSJ Sentència del Tribunal Superior de Justícia

Bibliografia

Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (dir.); **Calzada Conde, M. Á.** (dra. adjunta) (2009). *Contratos mercantiles* (3 toms). 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 vol.), València: 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). *Contratos mercantiles* (vol. I i II [2a. ed., 2009], vol. III [1a. 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.