

---

# Dret de la contractació

---

PID\_00267274

Eduardo Valpuesta Gastaminza

---

Temps mínim de dedicació recomanat: 7 hores

---





**Eduardo Valpuesta  
Gastaminza**

Catedràtic de Dret Mercantil de la Universitat de Navarra. Magistrat suplent de l'Audiència Provincial de Navarra (1996-2013).

La revisió d'aquest recurs d'aprenentatge UOC ha estat coordinada per la professora: Marian Gili Saldaña (2019)

Quarta edició: setembre 2019  
Autoria: Eduardo Valpuesta Gastaminza  
Llicència CC BY-NC-ND d'aquesta edició, FUOC, 2019  
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona  
Realització editorial: FUOC



*Els textos i imatges publicats en aquesta obra estan subjectes –llevat que s'indiqui el contrari– a una llicència de Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 Espanya de Creative Commons. Podeu copiar-los, distribuir-los i transmetre'ls públicament sempre que en citeu l'autor i la font (FUOC. Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya), no en feu un ús comercial i no en feu obra derivada. La llicència completa es pot consultar a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.ca>*

# Índex

<b>Introducció</b> .....	5
<b>1. Contractes translatius del domini</b> .....	11
1.1. Compravenda .....	11
1.1.1. Concepte i caràcters .....	11
1.1.2. Obligacions del venedor .....	13
1.1.3. Obligacions del comprador. Pas del risc .....	15
1.1.4. Règim especial de la compravenda a terminis de béns mobles .....	16
1.2. Donació .....	17
<b>2. Contractes d'arrendament</b> .....	19
2.1. Règim general .....	19
2.2. Arrendaments urbans .....	20
2.3. Arrendaments rústics .....	23
<b>3. Contractes de finançament, de finançament i bancaris</b> .....	24
3.1. El mutu o préstec .....	24
3.2. El contracte de crèdit al consum .....	27
3.3. El contracte de lísing .....	30
3.4. El contracte de facturatge .....	30
3.5. Garanties personals .....	31
3.5.1. La fiança .....	31
3.5.2. Les garanties independents o autònomes .....	32
3.5.3. Les cartes de patrocini .....	33
3.6. Contractes bancaris .....	34
3.6.1. El contracte de compte corrent bancari .....	35
3.6.2. Targetes bancàries .....	36
3.6.3. Operacions bancàries actives .....	37
3.6.4. Operacions bancàries passives .....	38
3.6.5. Operacions bancàries neutres .....	39
3.7. Contractes de crèdit immobiliari .....	40
<b>4. Contractes de serveis</b> .....	42
4.1. El contracte de serveis .....	42
4.2. El contracte d'obra .....	44
4.3. El contracte de transport .....	47
4.4. El contracte de dipòsit .....	48
4.5. El contracte d'aparcament .....	49
<b>5. Contractes de col·laboració: intermediació i distribució</b> .....	51

5.1.	Els contractes de col·laboració: plantejament general .....	51
5.2.	Els contractes d'intermediació .....	51
5.2.1.	Diferències fonamentals entre mandat o comissió, corretatge i agència. Contractes d'intermediació i relació laboral .....	51
5.2.2.	La indemnització per clientela en el contracte d'agència .....	53
5.2.3.	Contractes de distribució .....	54
<b>6.</b>	<b>Contractes societaris</b> .....	<b>58</b>
6.1.	Societat civil. Consideracions generals .....	58
6.2.	Societat civil professional .....	59
<b>7.</b>	<b>Contractes aleatoris</b> .....	<b>60</b>
7.1.	Consideracions generals .....	60
7.2.	Contracte d'assegurança: concepte i formalització .....	60
7.3.	Obligacions generals de les parts .....	63
7.4.	Assegurances de danys .....	65
7.5.	Assegurances de persones .....	67
<b>8.</b>	<b>Contractes en la litis</b> .....	<b>69</b>
8.1.	La transacció .....	69
8.2.	El conveni arbitral .....	70
	<b>Exercicis d'autoavaluació</b> .....	<b>73</b>
	<b>Solucionari</b> .....	<b>81</b>
	<b>Bibliografia</b> .....	<b>83</b>

## Introducció

### La moderna contractació privada en el marc de l'economia de mercat

La contractació privada moderna en dret espanyol es podria caracteritzar sobretot per la persistència d'una doble regulació, civil i mercantil, de certs contractes, i pel fet de dur-se a terme en un marc d'economia lliure de mercat, amb tot el que això comporta.

En primer lloc, en el nostre dret es manté formalment una *doble regulació de contractes civils i mercantils*. Per raons històriques, en la codificació del segle XIX es va mantenir a Espanya la regulació de l'activitat privada en dos codis, civil i de comerç: aquest es va dedicar als actes de comerç i aquell als que no tinguessin aquesta condició. A més, no solament hi ha una diferència de regulació en certs contractes, sinó que també el Codi de comerç conté unes disposicions generals sobre els contractes de comerç (art. 50 a 63) que constitueixen, aparentment, una regulació també específica d'una teoria general d'obligacions i contractes mercantils. Aquesta dualitat, com ha remarcat des de mitjan segle XX la nostra doctrina, no fa sinó crear problemes, ja que la distinció entre els contractes civils i els mercantils no és sempre clara, cosa que sumeix l'aplicador del dret en el problema previ de determinar quina regulació és aplicable. A més, però, la regulació de tots dos codis és summament semblant, de manera que no té sentit l'esforç de delimitar si després les conseqüències són gairebé les mateixes, amb alguns matisos.

Avui dia es defensa la *unificació del dret privat* d'obligacions i contractes, per a crear així una regulació única. De fet, cada vegada hi ha més matèries en què, per la via de lleis especials, s'han creat regulacions úniques de matèries que abans es normaven per partida doble; així, el contracte d'assegurança, els contractes del mercat de valors, el contracte de transport i la situació d'insolvència del deutor (dret concursal). Només es mantenen amb regulacions diferents en tots dos codis els contractes de mandat (comissió), dipòsit, préstec i compravenda.

#### Via de regulació única

En l'àmbit del dret europeu i del dret del comerç internacional ja fa temps que també se segueix la via d'una regulació única, que no distingeix si el contracte és civil o mercantil (Convenció de compravenda internacional, principis comercials internacionals –que només exclouen els contractes formalitzats amb consumidors–, Marc Comú de Referència, etc.). En el dret europeu actual el camí cap a un dret privat uniforme per a tots els països comunitaris es materialitza en la Proposta de reglament relatiu a una normativa comuna de compravenda europea, que de fet inclou una completa teoria general d'obligacions i contractes (sense cap adjectivació de *civil* o *mercantil*).

Malgrat el que s'ha expressat anteriorment, l'Avantprojecte de Codi mercantil presentat el maig de 2014 no solament manté la distinció d'obligacions i contractes civils vs. obligacions i contractes mercantils, sinó que a més amplia l'àmbit de regulació de les normes i crea una veritable "contractació mercantil especial" (art. 411 a 418), amb regles especi-

als respecte de les actuals civils en matèries com l'excessiva onerositat sobrevinguda o els remeis davant l'incompliment. Això avui dia no solament és anacrònic, sinó que a més és altament negatiu per aprofundir encara més en les diferències de règims en una matèria que hauria de tenir una regulació única. Finalment, aquest avantprojecte ni tan sols va ser presentat com a projecte de llei a les Corts, però mostra quines són les tendències en la ment del prelegislador.

És ben cert que al costat d'aquesta unificació de les regles civils i mercantils s'ha obert pas a l'existència d'una regulació específica quan una de les parts contractants és consumidor. Per a això es parteix del fet que el consumidor normalment no coneix els serveis i les prestacions que pot obtenir tan bé com l'empresari que els ofereix (asimetria d'informació), i que a més pot ser objecte de tècniques agressives de comercialització o fins i tot de frauds.

Per això es creen regles específiques que exigeixen més informació precontractual i, en certs casos, instauren un dret de desistiment.

Més que una protecció del consumidor el que es protegeix és la transparència en la comercialització i el consentiment conscient i lliure. Aquestes especialitats, malgrat això, no s'han de configurar com un dret especial del consumidor, separat o contraposat al dret comú, sinó com a simples especialitats de certes obligacions quan una de les parts és un consumidor.

### **Relació amb consumidors**

De fet, en la proposta de reglament europeu esmentada abans no es plantegen com a normatives diferents les compres amb consumidors i les compres entre empresaris, sinó que simplement a les normes generals s'afegeix alguna especialitat quan la relació és amb consumidors.

La Llei general de defensa de consumidors i usuaris espanyola (Text refós de 16 de novembre de 2007) no s'ha de veure com a configuradora o delimitadora d'un dret del consum, sinó com una compilació de normes que, en diferents àmbits, procuren que hi hagi més transparència i protecció del consentiment real i lliure quan es contracta amb consumidors.

En segon lloc, hem dit que la contractació privada es duu a terme en un *marc de mercat*. Així ho estableix clarament l'article 38 de la CE en reconèixer "la llibertat d'empresa en el marc de l'economia de mercat". Com a requisit essencial perquè es pugui parlar de mercat és que hi ha d'haver una *competència* entre els oferents de productes i serveis que els incentivi per a comercialitzar productes més bons en qualitat o en preu. Per això la Llei de defensa de la competència (Llei 15/2007, de 3 de juliol) resulta tan important perquè prohibeix tant els acords entre empreses ("acords col·lusoris") com l'abús de l'empresa que hagi adquirit una posició de domini. A més, les empreses han d'atreure la clientela mitjançant el que s'ha anomenat *competència basada en les pròpies prestacions*; per això la Llei de *competència deslleial* (Llei 3/1991, de 10 de gener) prohibeix procurar-se avantatges amb engany, frauds, comparacions il·lícites, publicitat enganyosa, etc. Perquè els demandants puguin identificar clarament productes i serveis s'estableix una *regulació dels "signes distintius"* – marques i noms comercials (vegeu la Llei 17/2001, de marques)–, i perquè es puguin conèixer aspectes rellevants de les empreses que actuen en el mercat el Registre Mercantil fa públiques les dades més importants (capital, administradors amb càrrec vigent, comptes anuals, etc.). Totes aquestes institucions, que

#### **Exemple**

Per exemple, en les compres a distància o per comerç electrònic.

normalment s'estudien dins del dret mercantil, busquen crear un mercat de béns i serveis en el qual imperi la competència, la transparència i la publicitat lícita (si no, no seria un mercat vertader).

L'activitat de les empreses que ofereixen productes i serveis, i dels demandants que els adquireixen (sia altres empreses o consumidors), comporta tot un seguit de *relacions contractuals* que conformen la contractació privada.

Així, per exemple, el fabricant busca primer finançament mitjançant el mercat de crèdit o el mercat de valors (contractes bancaris, contractes del mercat de valors), i una vegada obtingut compra matèries primeres per elaborar un producte diferent que ven als majoristes (contractes de compravenda); el producte es transporta al majorista, i d'aquest a l'adquirent o al detallista (contracte de transport). Alhora, per aconseguir la difusió i la distribució dels productes, uns o altres contracten intermediaris que trobin adquirents, o que els distribueixin (contractes d'intermediació i de distribució), i fan costoses campanyes de publicitat (contractes publicitaris). Gairebé totes les operacions, a més, s'asseguren contra els possibles riscos que es puguin esdevenir (contractes d'assegurança). En molts casos caldrà disposar d'un sistema informàtic que permeti processar les diverses actuacions, fer les comandes, comptabilitzar les despeses i ingressos, etc., i si es comercialitzen per Internet caldrà organitzar la pàgina web, les comunicacions electròniques, etc. (contractes informàtics).

D'aquesta manera, *els diversos contractes no són relacions inconnexes*, sinó la manera d'operar la producció i la comercialització de serveis, i la regulació de les diverses relacions jurídiques que neixen de les necessitats de les parts per a cobrir tot el procés. Als efectes de l'exposició, i per pures raons didàctiques, els contractes els exposarem agrupant-los pel tipus de prestació, però no s'ha de perdre de vista que la lògica econòmica d'aquests contractes només s'adquireix amb una visió global.

### **Contractació a distància. Contractació electrònica**

La contractació a distància sempre planteja una sèrie de "problemes afegits" als propis de qualsevol contractació. Si els contractants són presents en pactar tots dos saben al mateix temps que s'emet l'acceptació, i normalment s'ha comprovat quina és la presència material del bé objecte del contracte i, fins i tot, s'ha provat el bé mateix si la seva naturalesa es presta a fer-ho. Quan no es produeix aquesta "simultaneïtat" física, però, sorgeixen una sèrie de problemes afegits, encara que no tots es plantegen en qualsevol cas (en la contractació telefònica, per exemple, sí que és simultània l'emissió i el coneixement de l'acceptació).

- En primer lloc, i seguint un ordre cronològic, es plantegen qüestions relatives a la procedència i el caràcter dels missatges publicitaris que es reben. No es pot tenir la seguretat que aquests missatges han estat emesos per la persona que, suposadament, el subscriu, ni tampoc hi ha constància de la seva identitat ni, fins i tot, existència. També es pot donar una certa equivocitat en el missatge, no identificat exactament com a oferta, de manera que potser és una simple *invitatio ad offerendum*.

- En segon lloc, i quant a la perfecció del contracte, es presenta el problema relatiu al moment de la perfecció i al lloc (a efectes de la competència judicial, per exemple).
- En tercer lloc, i referent a l'execució, sorgeixen qüestions relatives a l'adequació del que s'ha executat respecte del que s'ha ofert, al compliment de la contraprestació (per exemple, pagament mitjançant targetes) i a les possibilitats de reclamació. Unit a això, i al llarg de tot el procés, es planteja el problema de la confidencialitat dels missatges i de la possibilitat que per persones alienes al procés de contractació se n'aprofitin.

Per tot plegat hi ha una tendència a *regular* aquests temes, i solucionar així la majoria dels problemes apuntats. En l'àmbit del dret comunitari es van dictar tres directives: la 7/97/CE, de 20 de maig de 1997, relativa a contractes a distància amb consumidors; la 1999/93/CE, de 13 de desembre, per la qual s'estableix un marc comunitari per a la signatura electrònica; i la 2000/31/CE, de 8 de juny de 2000, relativa a determinats aspectes jurídics dels serveis de la societat de la informació, en particular el comerç electrònic en el mercat interior. En el dret espanyol, i per esmentar-les de manera correlativa, per a transposar aquestes normes s'ha dictat la Llei 47/2002, de 19 de desembre, que va reformar la Llei d'ordenació del comerç detallista, la regulació de la qual, però, es recull ara en el Text refós de la llei de consumidors (art. 92 a 106 LGDCU); la Llei 59/2003, de 19 de desembre, de signatura electrònica (LSE); i la Llei 34/2002, d'11 juliol de 2002, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic (LSSICE). La regulació general dels contractes a distància només es va dur a terme, en dret comunitari, i per raons de competència, respecte de la contractació amb consumidors (i així s'ha mantingut en dret espanyol). En canvi, la regulació d'aspectes del comerç electrònic té caràcter general, independent del caràcter dels subjectes que actuen. De tota aquesta regulació destacarem, tot seguit, alguns dels aspectes fonamentals.

### **Regulació especial per a serveis financers**

A part d'aquestes normes generals, hi ha lleis amb un àmbit de regulació sectorial. Així, hi ha una regulació especial, constituïda per la Llei 22/2007, d'11 de juliol, sobre comercialització a distància de serveis financers destinats als consumidors.

La LSSICE constitueix una *regulació del fenomen d'Internet*, però només molt parcialment del "comerç electrònic", per al qual conté unes quantes regles, que no esgoten la matèria, en els articles 23 a 29. La part més rellevant de la Llei estableix el principi de lliure prestació de serveis, i en l'article 8 indica una sèrie de restriccions, relatives a serveis que puguin atemptar contra principis com la salvaguarda de l'ordre públic, el respecte a la dignitat de la persona i al principi de no-discriminació per motius de raça, sexe, religió o opinió, entre d'altres. Tot seguit s'estableixen les obligacions i el règim de responsabilitat dels prestadors de serveis de la societat de la informació (això és, els titulars de webs). Per a l'àmbit jurídic, sobretot en matèria de prova, té una rellevància especial la regla conforme a la qual els operadors de xarxes i altres intermediaris estan obligats a retenir les dades de connexió i trànsit generades per les co-



municacions establertes durant un termini màxim de dotze mesos (vegeu Llei 25/2007, de 18 d'octubre, que substitueix la regulació de l'LSSICE en aquest punt), ja que d'aquesta manera es podria provar, en aquest període, que hi va haver una comunicació electrònica entre les parts.

### **Serveis a Internet**

La Llei estableix i diferencia el règim i la responsabilitat dels diferents prestadors de serveis a Internet, tant dels titulars de les pàgines web que ofereixin per mitjà d'aquestes, serveis, informació o dades de qualsevol tipus, com dels intermediaris que actuen com a operadors de xarxes, proveïdors d'accés, prestadors de serveis d'allotjament o emmagatzematge de dades, o prestadors de serveis que facilitin enllaços a continguts o instruments de cerca (art. 13 a 17 LSSICE). Aquests intermediaris, en principi, no responen de la licitud dels continguts que transmeten, emmagatzemen o als quals enllacen, ja que no en són els "creadors", però l'autoritat competent sí que els pot ordenar que suspenguin la transmissió, l'allotjament de dades, l'accés a les xarxes de telecomunicacions o la prestació de qualsevol altre servei equivalent d'intermediació (art. 11 LSSICE).

Amb caràcter previ a la contractació, un dels problemes més rellevants és el relatiu a la *identitat de l'oferent de productes o serveis*. Per al destinatari de la informació és fonamental saber que l'oferent realment existeix, i contra qui pot reclamar i on en cas de compliment defectuós. Quan l'oferta es fa servint-se de mitjans electrònics, l'article 10 de la LSSICE exigeix que es pugui accedir amb facilitat i de manera directa i permanent a una sèrie de dades del prestador de serveis. Des d'un altre punt de vista, quan l'oferent està emparat per una signatura electrònica, les entitats de certificació ja han controlat la seva existència real i la seva identitat (art. 12 i 13 LSE).

Un aspecte ben diferent dels anteriors el constitueix el relatiu a la *signatura electrònica* i als mitjans que hi ha per a garantir l'autenticitat i la confidencialitat dels missatges, sobretot en l'àmbit de la contractació electrònica. És una problemàtica general, no cenyida només a la fase de preparació o promoció de contractes, sinó també a la de contractació i, en general, a qualsevol intercanvi o formulació de missatges per via electrònica. Tècnicament els missatges que s'envien per aquest mitjà de comunicació són interceptables i manipulables per tercers amb finalitats espúries, per la qual cosa l'intercanvi d'informació no resulta segur. Per a arreglar aquest problema hi ha diversos mecanismes tècnics que busquen precisament assegurar l'autenticitat i la immodificabilitat dels missatges, creant l'anomenada *signatura electrònica reconeguda*. Segons l'article 3.4 de la LSE, la signatura electrònica reconeguda "ha de tenir respecte de les dades consignades en forma electrònica el mateix valor que la signatura manuscrita en relació amb les consignades en paper". D'altra banda, a la signatura electrònica que no reuneixi els requisits assenyalats no se li negaran efectes jurídics en relació amb les dades a què estigui associada pel mer fet de presentar-se en forma electrònica (art. 3.9 LSE).

### **La signatura electrònica reconeguda**

Conforme a l'article 3.3 de la LSE, una signatura electrònica reconeguda és "la signatura electrònica avançada basada en un certificat reconegut i generada mitjançant un dispositiu segur de creació de signatura". A diferència d'una simple "signatura electrònica", que és "el conjunt de dades en forma electrònica, consignades al costat d'unes altres o que hi estan associades, que poden ser utilitzades com a mitjà d'identificació del signatari" (art. 3.1 LSE), la "reconeguda" assegura que l'autor "formal" és l'autor "real" del document i

que aquest document no ha pogut ser modificat per un tercer. Per a aconseguir això, hi ha unes entitats especials que presten els “serveis de certificació”. A aquest efecte emeten “certificats reconeguts” en els quals es garanteix que el titular de la “signatura electrònica reconeguda” ha creat una signatura d’aquesta classe i és l’únic que pot emetre missatges amb aquesta signatura. D’aquesta manera els potencials destinataris de missatges emesos amb signatura electrònica avançada tenen la completa seguretat de l’autenticitat d’aquests missatges, tant en la mesura que són emesos pel signant com quant a la no modificació posterior.

El contracte a distància es *perfecciona* des que l’oferent coneix l’acceptació o des que, havent-la-hi remès l’acceptant, no la pugui ignorar sense faltari a la bona fe (art. 1262 CC i 54 CCom). Amb caràcter general, el contracte s’entén formalitzat en el lloc en què es va fer l’oferta.

### **Silenci**

També hi ha preceptes en les normes sobre contractes a distància amb consumidors relatius al valor del silenci. L’article 101 LGDCU expressa que la falta de resposta a l’oferta de venda a distància no es pot considerar com a acceptació; d’acord amb això, si el venedor envia el producte sense acceptació explícita del destinatari, el receptor no està obligat a tornar-lo ni a pagar-ne el preu.

Quant a l’execució, la institució fonamental en aquest tipus de contractes, quan es formalitzen amb consumidors, és el *dret de desistiment*, que es concedeix sobre la base de la idea que l’adquirent o contractant ha de conèixer concretament les característiques del producte o servei per a veure si és conforme als seus gustos i necessitats. En contractar-se “a distància” no es coneix el bé concret, si es tracta d’una adquisició, fins al moment en què es rep. Per això es concedeix, com a regla general, un termini de catorze dies naturals perquè l’adquirent pugui desistir del contracte, retornant el bé al proveïdor sense haver de demostrar res i sense cap penalització alguna (art. 102 LGDCU. Aquesta matèria abans també estava regulada en la Llei de comerç detallista, però la Llei 3/2014 ha modificat la regulació de l’LGDCU i ha suprimit la que conté aquella Llei). El consumidor i usuari només suporta els costos directes de devolució dels béns, excepte si l’empresari ha acceptat assumir-los o no l’ha informat que li correspon assumir aquests costos (art. 108.1.2 LGDCU).

Finalment, quant al *termini d’execució* l’article 109 LGDCU el fixe en trenta dies a partir del següent a aquell en què el consumidor hagi prestat el consentiment, tret que les parts hagin acordat una altra cosa. Si el contracte no s’executa perquè no està disponible el bé o servei contractat, el consumidor ha de ser informat d’això i ha de poder recuperar al més aviat possible les sumes abonades; en aquest cas, també, si el consumidor va ser informat d’aquesta possibilitat, l’empresari podrà subministrar sense augment de preu un bé o servei de característiques semblants que tingui la mateixa qualitat o una de superior (arts. 109 a 111 LGDCU).

# 1. Contractes translatius del domini

## 1.1. Compravenda

### 1.1.1. Concepte i caràcters

Segons el Codi civil, la compravenda és el contracte pel qual:

“Un dels contractants s’obliga a lliurar una cosa determinada i l’altre a pagar-ne un preu cert, en diners o en un signe que el representi.”

Art. 1445 CC

El Codi de comerç no defineix la compravenda, i es limita a determinar quan és mercantil. La Convenció de Viena del 1980 afegix a aquest concepte bàsic l’important matís que el venedor s’obliga a transmetre la propietat de les mercaderies.

De la mateixa manera que els codis limiten l’àmbit d’aplicació a aquest concepte, la Convenció de Viena sotmet a aquesta 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 acobla o manufactura juntament amb uns altres (els subministrats pel venedor no són la “part substancial” de tot el que s’acobla), i ven el resultat final al comprador.

En aquesta mateixa línia, la proposta de reglament europeu inclou en el seu àmbit de regulació les compres *stricto sensu*; les que tinguin per objecte “continguts digitals” (tant si es compra un programa o un contingut digital estàndard com si el venedor adapta o personalitza el programa a les necessitats del comprador); els contractes de subministrament de béns que s’hagin de fabricar o produir; i qualsevol servei relacionat amb aquests béns (per exemple, manteniment i reparació del bé).

La *regulació legal* es conté en els textos següents. El Codi civil recull el règim bàsic (art. 1445 a 1537). El Codi de comerç estableix les especialitats de la compravenda mercantil en els articles 325 a 348. Quan el comprador és consumidor resulten d’aplicació preferent les normes contingudes en els articles 114 a 127 de la LGDCU. Per a les compravendes internacionals en què el comprador hagi de revendre la mercaderia s’aplica la Convenció de Viena del 1980, ratificada per Espanya (la Convenció és aplicable si les dues parts són nacionals de països que van ratificar la Convenció, o si ho és un d’ells i el seu dret resulta l’aplicable en virtut de les regles de dret internacional privat). En l’àmbit

europèu hi ha la Proposta de reglament relatiu a una normativa comuna de compravenda europea, d'11 octubre de 2011, que resulta una referència molt útil de quines són les tendències modernes en la regulació d'aquesta figura.

Avui dia continua essent rellevant si la compravenda és civil o mercantil, perquè les regles de tots dos codis no són sempre iguals. Conforme a l'article 325 del CCom, *és mercantil la compra de coses mobles per a revendre-les*, sia en la mateixa forma que es van comprar o bé en una de diferent, amb intenció de lucrar-se en la revenda. D'acord amb aquesta regla, i amb les excepcions contingudes en l'article 326 del CCom:

a) No són mercantils les compres fetes per consumidors, ja que el consumidor no compra per revendre (art. 325 CCom) i, a més, les exclou expressament l'article 326.1r. del CCom. Així es recull en les STS de 3 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.

b) No són mercantils les vendes fetes per ramaders, agricultors i artesans, encara que qui compri ho faci per revendre amb intenció de lucre, ja que l'article 326.2n. i 326.3r. del CCom n'exclou la mercantilitat, per raons històriques.

c) Sembla que són mercantils les compres de matèries primeres o de béns que es revendran transformats en d'altres, o incorporats en béns més complexos, perquè s'han adquirit per a revendre'ls transformats (art. 325 CCom).

Així, s'ha considerat mercantil la compra de peces de fusta d'eucaliptus destinades a ser col·locades al terra d'habitatges que la compradora edificava per vendre'ls (STS de 12 març de 1982); la compra d'envans de guix destinats al mateix fi (STS de 23 març de 1982); la compra de teixit per a elaborar peces de vestir, fabricades per a la venda (STS de 19 desembre de 1984); la compra de pinso per a gallines ponedores, els ous de les quals comercialitzava després el comprador (STS de 24 febrer de 1992); la compra de peces de pell per a l'elaboració de sabates que la compradora vendria (STS de 5 novembre de 1993); la de betum elastòmer que després s'emprava per a asfaltar la carretera (STS de 10 març de 1994); la compra d'uns "fardells", o d'unes "bales" d'enfustats, per a la construcció d'envasos per a la comercialització de la maduixa (STS de 6 novembre de 1999); la compra de paper per a transformar-lo en etiquetes i collets (STS de 15 desembre de 2005); o el contracte de subministrament de pinso (ordi) per a les necessitats de l'adquirent (STS de 23 gener de 2009). La jurisprudència, però, no és sempre conforme amb aquesta línia majoritària.

d) Sembla que són civils les compres de maquinària o de béns destinats a fabricar o manipular mercaderies, ja que aquestes màquines no es revenen després, no formen part del producte que s'hi ha elaborat. Així, és civil la compra de maquinària per a la mòlta d'olives i l'extracció d'oli, sense intenció de revendre el molí, ni la maquinària del molí, ni les peces de la maquinària per a obtenir un lucre en la revenda (STS de 7 juny de 1969), o la compra d'una finca per a destinar-la a la ubicació de les instal·lacions industrials de la compradora (STSJ de Catalunya de 20 de novembre de 1995).

La qüestió de la mercantilitat de certes vendes ha estat molt tractada per la jurisprudència perquè hi ha *certs punts de la regulació de tots dos codis que resulten divergents*. Així, en el cas de vicis ocults el termini perquè el comprador els pugui posar de manifest al comprador és de trenta dies en la compra mercantil i de sis mesos en la civil (vegeu els art. 342 CCom i 1490 CC); i quant al pas 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, prescriu el dret del comprador si la compra és mercantil, però perviu 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 és a compte del comprador en el cas de compra civil i del venedor si el contracte és mercantil. Una altra diferència rau en el termini de reclamació del preu, que és normalment de tres anys en vendes mercantils (art. 1967.4 CC) i de cinc anys en el cas de vendes civils (art. 1964 CC, vegeu STS de 13 maig de 2015).

### 1.1.2. Obligacions del venedor

Dins de les obligacions del venedor, ens centrarem ara en les que plantegen més problemes a la pràctica, que són les relatives al sanejament. El *sanejament per evicció* es planteja en els casos en què el propietari del bé el reclama al comprador, i el guanya en judici. Això comporta, és clar, que el venedor no era el vertader propietari (ja que, en aquest cas, hauria operat l'adquisició de la propietat pel comprador), sia de bona fe o de mala fe, i per això respon davant del comprador que ha estat "vençut en judici" ("evicte"). El contingut d'aquesta responsabilitat és prevista en l'article 1478 del CC, però és important destacar que en el cas de vendes de mercaderies (béns mobles destinats a la venda) en locals oberts al públic, no pot operar l'evicció, ja que l'article 85 del CCom en aquests casos estableix que la compra "causa prescripció de dret a favor del comprador respecte de les mercaderies adquirides, exceptuant-ne, si escau, els drets del propietari dels objectes venuts, per a exercir les accions civils o criminals que li puguin correspondre contra qui els va vendre indegudament".

Pel que es refereix al *sanejament per defectes* del bé, els defectes que estiguin a la vista en el moment del lliurament de la mercaderia han de ser denunciats en aquell mateix instant (art. 1484 CC i 336 CCom). En la compra mercantil, si les mercaderies es van rebre enfardellades o embalades el termini per a reclamar per aquests defectes és de quatre dies (art. 336 CCom).

La complexitat és més gran per al *sanejament dels vicis ocults*, aquells que no estan a simple vista i que, normalment, es manifesten al cap del temps per l'ús del bé adquirit. En aquests casos hi ha quatre règims diferents, tres dels quals són per a les vendes sotmeses al dret espanyol:

a) En les compravendes civils en què el comprador no sigui consumidor, aquest comprador té un termini de sis mesos per a reclamar pel vici (art. 1490 CC), i té dret de demanar una reducció del preu o la resolució del contracte, i a més indemnització de danys i perjudicis si hi ha hagut dol del venedor (art. 1486 CC).

b) En les compravendes mercantils, el termini per a posar de manifest aquests vicis és de tan sols trenta dies (art. 342 CCom).

La jurisprudència interpreta que en aquests trenta dies cal denunciar el vici, però que complert aquest requisit el termini per a interposar l'acció és de sis mesos des del lliurament del bé (art. 1490 CC).

c) En les vendes a consumidors (que abans hem qualificat de *civils*), hi ha un règim especial en els articles 114 a 127 de la LGDCU.

- En primer lloc, no es parla de “vicis ocults” sinó de “conformitat” del bé, i el bé és conforme si, entre altres coses (vegeu l'art. 116 LGDCU), s'ajusta a la descripció feta pel venedor, i presenta la qualitat i les prestacions habituals d'un producte del mateix tipus que el consumidor pugui esperar amb fonament, tenint en compte la naturalesa del producte i, si escau, de les declaracions del comprador i de la publicitat duta a terme. Com s'aprecia, el rigor per al venedor és molt més gran, ja que el producte ha de ser conforme al que el comprador pugui “esperar amb fonament” d'aquest tipus de béns.
- En segon lloc, 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 és el pactat per les parts, però mai inferior a un any). Per això se sol dir que els béns tenen una “garantia” de dos anys, en el sentit que els defectes originaris que es manifestin en aquest temps donen dret de reclamar. Aquesta garantia legal mínima pot ser ampliada per pacte entre les parts (vegeu l'art. 125 LGDCU, sobre la “garantia comercial addicional”).
- Finalment, en els casos de falta de conformitat el consumidor pot optar entre la reparació i la substitució del bé, que s'han de fer de manera gratuïta i en un termini raonable. Si no són possibles, o si no es fan en un termini raonable o sense inconvenients, el consumidor pot triar entre una rebaixa del preu i 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).

d) En la venda internacional sotmesa a la Convenció de Viena no es fa servir 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 la 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).

En la pràctica dels tribunals espanyols és molt comú que en els casos en què els defectes són especialment rellevants, i fan el bé del tot inhàbil per a l'ús normal que li podria donar l'adquirent, es consideri que *no hi ha "vici ocult", sinó lliurament de "cosa diferent" del que s'ha pactat* (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 que la compra sigui mercantil o civil), sinó el de quinze anys propi de l'incompliment ordinari (vegeu, entre moltes altres, les STS de 6 abril de 1989, 1 de març de 1991, 15 de desembre de 2005, 22 de novembre de 2010, 5 de març de 2018 o 3 d'octubre de 2018). Quan hi ha simple vici ocult o lliurament de cosa diferent s'aprecia cas per cas.

Encara que les normes sobre sanejament són, en principi, *disponibles* per les parts (art. 1475.3 i 1485.2 CC i 345 CCom), quan el comprador és consumidor una clàusula no negociada individualment que modifiqui el règim legal en perjudici del consumidor és considerada abusiva (art. 86.1 LGDCU). Finalment, cal assenyalar que amb tot aquest règim no hi té res veure la regulació especial dels "productes defectuosos", que es refereix no a productes amb defectes, sinó a productes "insegurs" –encara que, normalment, la inseguretat també constitueix *per se* un defecte (vegeu els art. 128 a 149 LGDCU).

### **1.1.3. Obligacions del comprador. Pas del risc**

La principal obligació del comprador és la del *pagament del preu* pactat. Per al supòsit de pagament a terminis, i si la compra no és per a revendre, hi ha un règim especial en la Llei 28/1998, que després exposarem.

La qüestió del *pas del risc* té una rellevància singular. En tot contracte cal saber quina de les parts es fa càrrec de les conseqüències oneroses en cas que la prestació acordada no sigui possible per cas fortuït o força major. En el cas de la compravenda, si el bé objecte de la compravenda es perd o s'espatlla per raons alienes a la voluntat de les parts, cal saber si del risc se n'ha de fer càrrec el venedor (que es quedarà sense cosa i sense preu) o el comprador (que no obtindrà la cosa, o l'adquirirà deteriorada, però pagarà el preu completament). Òbviament, si hi ha dol o negligència d'una de les parts, aquesta part serà la responsable i no hi haurà cap mena de problema jurídic de determinació.

Com hem assenyalat abans la doctrina majoritària opina que en la compra civil el risc passa al comprador des de la perfecció del contracte, mentre que en la compra mercantil aquest pas es produeix des del lliurament del bé (lliurament al qual equival la "posada a disposició" en el moment i el lloc pactats). En les vendes internacionals el més comú és que les parts acceptin regir-se per un **incoterm**.

Els **incoterms** són regles aprovades per la Cambra de Comerç Internacional, i ofertes als comerciants, adequades al tràfic internacional i amb possibilitats molt diverses, i una de les qüestions que determinen amb més precisió és en quin moment passa el risc de pèrdua de la cosa al comprador.

Si venedor i comprador pacten fer la compra CIF, o FOB, ja prefixen de quines despeses s'han de fer càrrec cadascun i quan passa el risc.

#### 1.1.4. Règim especial de la compravenda a terminis de béns mobles

La Llei 28/1998, de 13 juliol, regula la venda a terminis de béns mobles. Les raons d'aquesta regulació són la defensa del comprador a terminis per a consum, que si adquireix a terminis és perquè normalment no està en una bona situació econòmica i pot ser més propens a acceptar clàusules excessives, atesa la seva situació de necessitat. Per això la llei fixa un *règim imperatiu a favor del comprador* (art. 14 LVTBM). Encara que la norma no es dicti expressament com a imbricada dins de les lleis de protecció del consumidor, no resulta aplicable quan el comprador adquireix per revendre al públic (art. 5.1 LVTMB), cosa que la redueix a adquisicions per consumidors.

Conforme a l'article 3.1 de la LVTBM, és *venda a terminis* el contracte mitjançant el qual una de les parts lliura a l'altra una cosa moble corporal, i aquesta s'obliga a pagar per aquesta cosa un preu cert de manera totalment o parcialment ajornada en temps superior a tres mesos, des de la perfecció del contracte. També s'entenen compresos en la norma, però, els actes o contractes mitjançant els quals es proposin aconseguir les mateixes finalitats econòmiques que amb la venda a terminis –si bé se n'exclou l'arrendament financer (art. 5.5). A més, la norma regula els préstecs destinats a facilitar l'adquisició de béns mobles corporals no consumibles i identificables. Finalment, cal destacar que si els contractes subjectes a aquesta llei estan inclosos en l'àmbit d'aplicació de la Llei de crèdit al consum (vegeu més endavant el tractament d'aquesta llei), s'han de regir per la LCC, i només supletòriament per la LVTBM (art. 2.1 LVTBM).

El règim de la Llei conté normes heterogènies, de les quals destacarem les més rellevants. S'exigeix que el contracte consti *per escrit* (art. 6 LVTBM), amb un contingut mínim fixat en l'article 7, de manera que la falta d'alguna d'aquestes clàusules donarà lloc al fet que en aquest aspecte s'apliquin les previsions legals –favorables al consumidor (vegeu l'art. 8 LVTBM). El comprador pot *desistir* del contracte dins dels set dies hàbils següents al lliurament del bé, si bé es pot haver pactat que satisfaci en aquests casos una indemnització per l'eventual depreciació del bé, que no pot excedir la cinquena part del preu de venda al comptat (art. 9.1 LVTBM). A més, una vegada passat el termini de desistiment

#### Grups d'incoterms

En els incoterms del grup E, el risc passa des que el venedor posa el bé a la disposició del comprador en el moment pactat i en la mateixa empresa del venedor. En els incoterms del grup F i C, el risc passa –amb diversos matisos– des que el bé es lliura al portador principal. En els incoterms del grup D, el risc es transmet quan el transportista principal lliura el bé en el lloc pactat al país del comprador.



el comprador pot *anticipar els terminis pendents*, pagant la part de principal, i estalviar, així, els interessos no meritats, si bé també ha de satisfer la comissió que s'hagi pactat, que té uns límits màxims fixats en la Llei (art. 9.3 LVTBM). Si el comprador *demora el pagament* de dos terminis o de l'últim, el venedor pot optar entre exigir el pagament de tots els terminis pendents i resoldre, cas en què es quedarà part de les prestacions satisfetes, fixades en l'article 10 de la LVTBM.

La part en què aquesta llei es distingeix de la LCC de manera més rellevant és quant a la regulació del registre. Les parts poden pactar (i sol passar que ho facin) la *reserva de domini* (això és, que el comprador no adquireixi la propietat fins al pagament total dels terminis), i a més la Llei estableix la *prohibició de disposar* (el comprador s'obliga a no vendre fins que satisfaci els terminis). Si el contracte s'inscriu en un registre especial (el Registre de Venda a Terminis de Béns Mobles, que s'integra en el Registre de Béns Mobles), aquests pactes són oposables a tercers, amb l'abast següent (entre altres conseqüències):

a) En cas d'embargament preventiu o execució forçosa del bé, s'ha de sobre-seure tot procediment de constrenyiment quan consti la inscripció d'alguna de les clàusules esmentades (art. 15.3 LVTBM).

b) Si el bé venut amb alguna d'aquestes clàusules està en poder d'una persona diferent del comprador, en cas d'impagament dels terminis se li pot requerir perquè pagui l'import reclamat o desempari el bé (art. 16.3 LVTBM).

c) En cas de concurs del comprador, no s'han d'incloure en la massa els béns comprats a terminis amb pacte de reserva de domini mentre no estigui satisfet el crèdit garantit (art. 16.5.2 LVTBM).

La Llei no entra en el tema de si la reserva de domini o la prohibició de disposar tenen eficàcia "real" (això és, comporten que el venedor continua essent propietari, o que la venda feta pel comprador és ineficaç) o personal. Només regula quins drets té el venedor en els supòsits assenyalats.

## 1.2. Donació

La donació, conforme a l'article 618 del CC, és "un acte de liberalitat pel qual una persona disposa gratuïtament d'una cosa a favor d'una altra, que l'accepta". Consisteix, per tant, en el *lliurament d'un bé sense contraprestació a canvi*. Per això la donació és el contracte gratuït per excel·lència.

El nostre Codi civil és contradictori en tractar de la donació. D'una banda, la considera un *contracte* que requereix oferta del donant i acceptació del donatari (art. 623 CC). D'acord amb això, per al pas de la propietat del bé donat caldria no solament el concurs d'oferta i acceptació, sinó també el lliurament (conforme a la "teoria del títol i el mode"). En canvi, en qualificar també la donació de *forma d'adquisició de la propietat* (art. 609 CC), sembla que parteix

del fet que passa aquesta propietat per la mera formalització del contracte, sense cap mena de necessitat de lliurament. La doctrina majoritària considera la donació com a contracte, i per tant fa prevaler el primer aspecte assenyalat.

La donació sempre ha estat vista amb desfavor per l'ordenament, ja que és en principi estrany que una persona es desprengui d'un bé a canvi de res (pot ser en un moment d'eufòria, o sense haver sospesat les circumstàncies). Per aquest motiu el Codi imposa una *forma* precisa per a algunes donacions (les de béns immobles, que han de constar en escriptura pública) i prohibeix que amb aquestes donacions el donant empobreixi el seu patrimoni en perjudici dels seus creditors o dels seus hereus. En aquesta línia el Codi estableix que el donant *s'ha de reservar, en plena propietat* o en usdefruit, els béns necessaris per a viure en un estat corresponent a les seves circumstàncies (art. 634 CC). Alhora, no pot donar per via de donació més del que pugui donar per testament (art. 636 CC). I, finalment, *no pot comportar un frau de creditors*, cas en què és possible la rescissió d'aquesta donació mitjançant l'acció revocatòria (art. 1111 i 1291.3 CC).

### **Donacions inoficioses**

En efecte, si el donant disposa de més del que podia en virtut d'herència la donació s'ha de reduir en l'excés. Aquestes donacions s'anomenen *inoficioses*. Com és sabut, una persona ha de deixar en cas de defunció a certs parents una quantitat determinada de tot el seu patrimoni, que és la dita *legítima*. Si no ho fa, les disposicions testamentàries s'han de modificar per a adequar-les a aquesta legítima. Per això un frau fàcil a aquesta disposició seria fer donacions en vida a estranys, de manera que per als hereus legítims quedaria una petita part del patrimoni. Per aquest motiu estan prohibides les donacions inoficioses. Si una donació és inoficiosa es reduirà en la mesura necessària; el donatari, per tant, haurà de retornar del rebut el valor d'aquest excés.

També pot alienar béns amb facilitat un deutor, amb la qual cosa els seus creditors es podrien trobar després que no hi ha prou béns en el seu patrimoni per a satisfer els seus deutes. Per això podran rescindir les donacions que han dut a terme, algunes de les quals es presumeixen fetes en frau del seu interès legítim.

Finalment, s'ha d'assenyalar que, com a regla general de tot contracte, la donació és *irrevocable*. Malgrat això, el Codi civil permet que el donant recuperi els béns en certs casos concrets: quan tingui fills, o sàpiga que els tenia, després de feta la donació (art. 644 CC); quan s'incompleixin les càrregues o maneres imposades al donatari; i en el supòsit d'ingratitude d'aquest donatari (art. 648 CC).

## 2. Contractes d'arrendament

### 2.1. Règim general

L'arrendament de béns és el contracte pel qual:

“Una de les parts s'obliga a donar a l'altra el gaudi o l'ús d'una cosa per un temps determinat i un preu cert.”

Art. 1543 CC

El que es permet amb l'arrendament, per tant, és l'ús i gaudi de la cosa d'un no propietari d'aquesta cosa, pagant a canvi un preu o una renda al propietari. És el contracte paradigmàtic dels que permeten l'ús d'un bé.

La *regulació del Codi civil* s'estén a tots els arrendaments de béns mobles, i també als arrendaments d'immobles no subjectes a les lleis especials assenyalades (per exemple, el lloguer d'una finca rústica per a un ús recreatiu). Com a obligacions de l'arrendador s'han de ressenyar sobretot les de conservar la cosa en correcte estat i les de mantenir l'arrendatari en el gaudi pacífic de la cosa.

La primera d'aquestes obligacions comporta que les reparacions necessàries (despeses necessàries) les ha de fer l'arrendador, i que si les duu a terme l'arrendatari aquell les ha d'indemnitzar.

Quant a les principals *obligacions de l'arrendatari*, són les següents:

- Pagar la renda fixada.
- Usar la cosa com un diligent pare de família, i destinar-la a l'ús pactat (art. 1555 CC).
- Respondre de les deterioracions o pèrdues de la cosa tret que provi que s'han ocasionat sense culpa seva (art. 1563 CC).
- Retornar, a més, és clar, el bé al final de l'arrendament.

En l'arrendament cal distingir les figures de la cessió de l'arrendament i del subarrendament. La *cessió* comporta el canvi de la persona de l'arrendatari, i exigeix, com en general tot canvi de deutor, el consentiment del creditor, que és, en aquest cas, l'arrendador (el Codi no regula la cessió de l'arrendament, però la doctrina entén que és possible amb aquest consentiment de l'arrendador). En canvi, el subarrendament comporta que l'arrendatari lloga, al seu torn, el bé arrendat a un tercer (que serà el subarrendatari). L'arrendatari actua com a arrendador del subarrendatari, i en general (encara que hi ha excepcions)

#### Contracte d'arrendament de béns

Aquest contracte es diferencia del dret real d'usdefruit. Constitueix un dret real, lligat a la cosa, mentre que el dret de l'arrendatari és un dret personal, amb totes les diferències que això comporta. A més, les regles de l'usdefruit i les de l'arrendament són bastant diferents. L'única cosa comuna és que les dues institucions permeten l'ús per part d'un no propietari.

no hi ha relació jurídica ni drets exigibles entre arrendador i subarrendatari. L'arrendatari pot subarrendar si això no està prohibit expressament en el contracte (art. 1550 CC).

## 2.2. Arrendaments urbans

Els arrendaments urbans són objecte d'una regulació especial des de fa temps, i els vaivens de política legislativa d'aquesta legislació són realment importants. La regulació actual està constituïda per la Llei 29/1994, de 24 de novembre, que ha estat modificada en diverses ocasions (les últimes, en reformes operades per les Lleis 4/2013 i 2/2015, el Reial decret llei 21/2018 i el Reial decret llei 7/2019).

### Llei d'arrendaments urbans

En efecte, l'anterior Llei d'arrendaments urbans, de 24 de desembre de 1964, defensava a ultrança els drets de l'arrendatari. Així, el que cridava més l'atenció era el règim de l'anomenada *pròrroga forçosa*, que consistia en el fet que, si l'arrendatari ho volia, podia prorrogar l'arrendament de manera indefinida, un dret que a més era transmissible als seus hereus, i fins i tot a certs familiars en transmissions *inter vivos*. A més, en molts casos les rendes antigues havien esdevingut per efecte de la inflació realment ridícules (sobretot en els arrendaments formalitzats abans del 1956). Amb aquesta protecció, és clar, un propietari veia molt desincentivada l'opció de llogar l'habitatge o el local de negoci (de manera que la protecció es va tornar en contra del "protegit": ningú no volia llogar).

Aquesta situació d'excessiva empara de l'arrendatari es va modificar amb el Decret llei de 30 d'abril de 1985, que va establir un règim de llibertat en la determinació de la durada del contracte per als contractes formalitzats a partir de l'entrada en vigor del decret esmentat. Aquest canvi radical va originar l'efecte contrari a l'assolit pel règim del 1964: l'arrendatari no tenia cap garantia mínima de permanència en l'habitatge o local.

El Reial decret llei 21/2018, de 14 de desembre, de mesures urgents en matèria d'habitatge i lloguer, va modificar de manera rellevant la LAU en aspectes com la durada mínima del contracte d'arrendament (que va passar a ser de cinc anys, o de set si l'arrendador és persona jurídica). Però aquest reial decret llei va ser derogat perquè no va ser convalidat pel Congrés (vegeu la Resolució del Congrés dels Diputats de 22 de gener de 2019, BOE del 24 de gener, per la qual s'ordena la publicació de l'Acord de derogació del Reial decret llei 21/2018, de 14 de desembre, de mesures urgents en matèria d'habitatge i lloguer), de manera que únicament va estar vigent poc més d'un mes. Els contractes d'arrendament d'habitatge celebrats entre el 19 de desembre de 2018 i el 23 de gener de 2019 es regirien així per la LAU tal com va quedar redactada per aquest Reial decret llei, però els posteriors a aquesta data continuarien regint-se per la versió de la LAU anterior a la reforma.

L'1 de març de 2019, el Consell de Ministres va aprovar el Reial decret llei 7/2019, d'1 de març, de mesures urgents en matèria d'habitatge i lloguer, que va entrar en vigor el 6 de març. Els contractes d'arrendament d'habitatge celebrats amb posterioritat al 6 de març es regiran per la LAU tal com ha quedat redactada pel Reial decret llei 7/2019, les regles del qual s'exposen en aquest material. Els contractes celebrats amb anterioritat a l'entrada en vigor d'aquest reial decret llei continuaran regint-se, segons la seva Disposició transitòria primera, "per allò establert en el règim jurídic que els era aplicable. Sense perjudici d'això, si les parts ho acorden i no resulta contrari a les previsions legals, els contractes preexistents es podran adaptar al règim jurídic establert en aquest reial decret llei".

La Llei distingeix entre l'*arrendament d'habitatge* i l'*arrendament per a ús diferent del d'habitatge*. L'arrendament d'habitatge és el que recau sobre una edificació habitable la destinació primordial de la qual sigui satisfer la necessitat permanent d'habitatge de l'arrendatari, i estableix una sèrie de normes imperatives tuitives de l'arrendatari. Els altres arrendaments urbans (entre els quals s'inclou el que abans s'anomenava *arrendament de local de negoci*) no gaudeixen d'una protecció especial, i el règim es deixa al pacte de les parts.

El contracte d'arrendament d'habitatge ha de tenir una *durada mínima* de cinc anys, o de set anys si l'arrendador és persona jurídica. Això és, encara que s'hagi pactat una durada més curta, arribada aquesta el contracte es prorroga automàticament per terminis anuals fins que l'arrendament arribi a aquella durada de cinc o set anys (art. 9.1 LAU, llevat que l'arrendatari manifesti a l'arrendador, amb trenta dies d'antelació com a mínim, la seva voluntat de no renovar-lo). Si quan arribi la data de venciment del contracte, o de qualssevol de les seves prorroques, un cop hagin transcorregut com a mínim cinc anys de durada, o set anys si l'arrendador és persona jurídica, cap de les parts ha notificat a l'altra, almenys amb quatre mesos d'antelació a aquella data en el cas de l'arrendador i almenys amb dos mesos d'antelació en el cas de l'arrendatari, la voluntat de renovar-lo, el contracte es prorrogarà obligatòriament per terminis anuals fins a tres anys més com a màxim (art. 10.1 LAU).

La *renda* es fixarà lliurement, i s'actualitzarà segons el pactat per les parts; si no s'ha establert cap pacte exprés, no s'aplicarà revisió de rendes als contractes (art. 18.1 LAU). En tot cas, l'increment produït com a conseqüència de l'actualització anual de la renda no podrà excedir el resultat d'aplicar la variació percentual experimentada per l'índex de preus de consum a data de cada actualització, prenent com a mes de referència per a l'actualització el que correspongui a l'últim índex que estigui publicat en la data d'actualització del contracte (art. 18.1 LAU). Les *reparacions necessàries* les ha de fer l'arrendador, i l'arrendatari s'ha de fer càrrec de les obres de millora l'execució de les quals no es pugui diferir raonablement fins a la fi de l'arrendament (art. 21 LAU).

En cas de venda de l'habitatge arrendat, l'arrendatari té un *dret de tempteig i de retracte* per a quedar-se l'habitatge en propietat, pagant el mateix preu que pagava el tercer que volia adquirir l'immoble (art. 25 LAU). La cessió del dret d'arrendament exigeix consentiment per escrit de l'arrendador. El *subarrendament* també exigeix consentiment de l'arrendador per escrit, i a més solament pot ser parcial (art. 8 LAU).

Darrerament ha cobrat importància el *procés de desnonament d'inquilins per falta de pagament*. Les noves mesures d'agilitació processal, que van entrar en vigor el novembre del 2011, fan més accelerat i simplificat el procés d'expulsió, i s'escurcen així els terminis d'una manera radical, fins i tot sense haver d'acudir a judici en certs supòsits. El desnonament per falta de pagament es tramita com a judici verbal (art. 250.1.1r. LEC). A la reclamació de desnonament es pot acumular la del pagament de les rendes degudes (art. 437.4.3r. LEC). Admesa la demanda, el secretari judicial ha de requerir al demandat perquè, en el termini de deu dies, desallotgi l'immoble, pagui l'actor o, en cas de pretendre l'enervació, pagui la totalitat del que degui o posi a la seva disposició al Tribunal o notarialment l'import de les quantitats reclamades a la demanda i el de les que degui en el moment de l'esmentat pagament enervador del desnonament; o en altre cas, hi comparegui davant i al·legui succintament, formulant oposició, les raons per les quals, al seu entendre, no deu, totalment o en part, la quantitat reclamada o les circumstàncies relatives a la procedèn-

cia de l'enervació. Si el demandat no fa res d'això, el secretari ha de dictar un decret en què dóna per acabat el judici, i es procedirà al llançament en el dia i hora fixats (art. 440.3 LEC). D'aquesta manera, se suprimeix la necessitat de vista, que només és necessària si el demandat formula en temps l'oposició o l'enervació (vegeu l'art. 444 LEC sobre les causes que poden fonamentar l'oposició). A més, per a poder recórrer contra el llançament cal acreditar haver satisfet les rendes vençudes i les que, de conformitat amb el contracte, ha de pagar avançades (art. 449.1 LEC). Sobre els requisits d'enervació del desnonament vegeu l'article 22.4 i 5 de la LEC.

En contraposició, també s'han dictat normes que impedeixen l'execució del llançament en els supòsits de vivenda habitual de persones que es trobin en supòsits d'especial vulnerabilitat (vegeu la Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per a reforçar la protecció dels deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social. Aquesta norma determina quan hi ha "especial vulnerabilitat" i, després de la reforma operada pel Reial decret llei 5/2017, estableix un període de set anys des de l'entrada en vigor de la Llei, en els quals no procedirà el llançament. A més, i entre altres mesures, s'estableixen certs límits a la quantia dels interessos en préstecs hipotecaris per a l'adquisició de vivenda habitual). Aquesta normativa, a més, modificà l'art. 557.1 LEC, entre d'altres, per a permetre que l'oposició al desnonament pugui basar-se en l'existència de clàusules abusives en els préstecs hipotecaris (préstecs l'impagament dels quals sigui la causa del desnonament). Per la seva banda, el Reial Decret Llei 6/2012, de 9 de març, de mesures urgents de protecció de deutors hipotecaris sense recursos, estableix mesures per a la reestructuració del deute hipotecari d'aquells que pateixen dificultats extraordinàries per a atendre'n el pagament, així com mecanismes de flexibilització dels procediments d'execució hipotecària; i fixa mesures d'accés al lloguer de persones afectades per desnonaments subjectes a mesures de flexibilització de les execucions hipotecàries.

Finalment, el Reial decret llei 7/2019, d'1 de març, de mesures urgents en matèria d'habitatge i lloguer, ha inclòs en l'art. 441.5 LEC el deure d'informar el demandat, en casos de desnonament per falta de pagament, de la possibilitat d'acudir als serveis socials, i si s'escau, d'autoritzar la cessió de les seves dades a aquests, perquè puguin apreciar la possible situació de vulnerabilitat. Als mateixos efectes, ha establert l'obligació de comunicar, d'ofici pel jutjat, l'existència del procediment als serveis socials. En cas que els serveis socials confirmen que la llar afectada està en situació de vulnerabilitat social i/o econòmica, s'ha de notificar a l'òrgan judicial immediatament. Rebuda aquesta comunicació, el lletrat de l'Administració de justícia ha de suspendre el procés fins que s'adoptin les mesures que els serveis socials estimin oportunes, durant un termini màxim de suspensió d'un mes a explicar des de la recepció de la comunicació dels serveis socials a l'òrgan judicial, o de tres mesos si el demandant és una persona jurídica. Una vegada adoptades les mesures o transcorregut el termini, s'ha d'alçar la suspensió i continuar el procediment.

La Llei d'arrendaments urbans estableix un *règim de dret transitori* per regular la legislació aplicable als contractes d'arrendament urbà formalitzats abans d'entrar en vigor aquesta llei.

Com a idea bàsica, els contractes formalitzats abans (tant d'arrendament d'habitatge com de local de negoci) es regeixen conforme a la normativa vigent en el moment de la formalització. Això és, un contracte de lloguer d'habitatge anterior al 1985 manté el dret de pròrroga forçosa. Malgrat això, es limiten les persones que es poden subrogar (per exemple, per herència) en els drets de l'arrendatari, i s'estableixen unes regles d'actualització de rendes que busquen acomodar més les rendes antigues al cost de mercat (tret dels casos en què l'arrendatari obtingui uns ingressos baixos, que xifra la Llei mateixa per referència al *salari mínim interprofessional*). Actualment encara es segueixen produint supòsits de pròrroga forçosa, vegeu, per exemple, la STS, d'11 de juliol de 2014.

Pel que es refereix a l'*arrendament per a ús diferent del d'habitatge*, amb el règim de la LAU del 1964 l'arrendatari de local de negoci gaudia d'una sèrie de drets imperatius i irrenunciables: pròrroga forçosa, dret de traspàs del local sense necessitar consentiment del propietari, etc. Avui dia, la normativa legal només opera si les parts no l'exclouen, si bé aquesta exclusió ha de ser expressa i respecte de cadascun dels preceptes que s'exclouen (art. 4.4 LAU). Cal destacar, dins d'aquestes regles excloïbles, que l'arrendament de local destinat a una activitat empresarial o professional pot ser objecte de cessió i de subarrendament sense consentiment del propietari, si bé se li ha de notificar fefaentment i ha de tenir dret a un increment de la renda en aquests casos (art. 32 LAU); i que, a la fi de l'arrendament, l'arrendatari del local de negoci té dret a una indemnització en certs supòsits (art. 34 LAU).

### 2.3. Arrendaments rústics

La Llei d'arrendaments rústics, de 26 de novembre de 2003 (modificada per les Lleis 26/2005 i 2/2015), és l'aplicable a la *cessió temporal d'una o diverses finques*, o una part d'aquests finques, per a l'aprofitament agrícola, ramader o forestal a canvi d'un preu o renda. No s'exigeix que l'arrendatari sigui un professional de l'agricultura, encara que normalment es tracta d'agricultors amb vocació de permanència.

Aquesta norma, en la seva redacció original buscava, sobretot, *flexibilitzar arrendaments*, abandonant el criteri de defensa de la posició de l'arrendatari característic de la Llei del 1980. Com assenyala l'exposició de motius, es vol que les explotacions agràries siguin cada vegada de més extensió, i per a això es vol facilitar i afavorir l'arrendament de terres dels propietaris no conreadors als professionals de l'agricultura. La duració mínima del contracte serà de cinc anys, amb un sistema de pròrroques tàcites; els drets d'adquisició preferent de l'arrendatari es limiten als supòsits que sigui un professional de l'agricultura; i la cessió i el subarrendament requereixen el consentiment exprés de l'arrendador.

### 3. Contractes de finançament, de fiançament i bancaris

#### 3.1. El mutu o préstec

En el contracte de préstec una part, anomenada *prestadora*, lliura al prestatari una cosa no fungible perquè *l'usi durant un cert temps i la retorni* (en aquest cas, el préstec s'anomena *comodat*), o diners o una altra cosa fungible, amb obligació de retornar altre tant de la mateixa espècie o qualitat (anomenat *mutu o préstec simple*). Tot seguit assenyalarem alguns aspectes rellevants que es plantegen avui dia en la regulació d'aquest contracte.

Els problemes principals es plantegen en matèria d'*interessos remuneratoris*, que com és sabut es poden pactar (si no, el préstec, tant civil com mercantil, és gratuït) per a compensar l'efecte de la inflació i també perquè el prestador obtinui un guany per la seva activitat. Actualment és molt comú que els interessos remuneratoris es pactin com a "variables", determinant que cada cert període (cada mes, cada semestre, cada any, etc.) es fixarà el tipus d'interès d'aquest període tan bon punt comenci, i prenent com a referència un tipus d'interès fixat de manera objectiva per terceres entitats, al qual s'afegeix un diferencial.

Per exemple, si es pacta com a tipus d'interès, revisable anualment, l'euríbor + 0,5, cada any es veurà quin és l'euríbor a un any fixat en aquell dia, i aquest percentatge, incrementat en 0,5, serà el tipus d'interès pagador durant l'any següent. L'euríbor és el tipus d'interès a què es presten diners entre si els bancs de la zona euro en un mercat interbancari específic en què només intervenen aquestes entitats de crèdit. Aquest tipus d'interès en realitat només cobreix la depreciació dels diners. Per això s'afegeix un diferencial (el 0,5 fixat en l'exemple anterior), que és el guany net del banc prestatari.

#### Activitat

Cerqueu a Internet la cotització de l'euríbor en els últims anys, i fixeuvos en les grans diferències que s'han produït en tan poc temps, amb tipus que han oscil·lat entre el 5% i, actualment, tipus negatius.

En aquests supòsits d'interès variable, per a pal·liar els efectes que podria tenir una alteració molt alta (a l'alça o a la baixa) del tipus d'interès de referència, cal pactar un *derivat sobre tipus d'interès*, mitjançant el qual s'intenten mitigar els efectes d'aquestes alteracions elevades. Aquest derivat el poden formalitzar les mateixes parts del préstec entre si, però també el pot concertar el prestatari amb un tercer, de manera independent, per evitar que els préstecs concertats resultin massa onerosos. Aquests productes financers no solament els ha pactat la banca amb grans empresaris, sinó també amb petits comerciants, professionals, i fins i tot consumidors (per a aquests últims, sobretot en préstecs hipotecaris). El legislador mateix n'ha incentivat la contractació, ja que l'article 19 de la Llei 36/2003 obliga les entitats financeres a informar els clients o deutors hipotecaris de l'existència d'aquests productes (vegeu també l'art. 24 de l'Ordre EHA/2899/2011). La legalitat i el caràcter no abusiu en general (si és



pactada amb consumidors) d'aquest tipus de clàusules està fora de dubte, atès que es tracta de fórmules contractuals vàlides, amb causa lícita, practicades en el mercat des de fa molts anys sense cap problema. Una cosa diferent és que aquests contractes pactats mitjançant condicions generals passin el control d'incorporació exigida a tota condició general, tant perquè el client hagi tingut l'oportunitat de conèixer aquestes condicions abans de contractar (art. 7.a LCGC), com per la claredat i la senzillesa en la redacció d'aquestes clàusules (art. 7.b LCGC). En aquest punt és important la STS de 9 de maig de 2013, relativa a les "clàusules sòl", que estableix una doctrina molt rellevant: tot i que considera les clàusules com un element essencial del negoci (sobre el qual, en principi, no hi hauria control d'abusivitat), determina que si no hi ha claredat i transparència en el mode de fer-se el contracte, aquesta falta de transparència fa que aquestes clàusules es puguin sotmetre al control d'abusivitat (i, de fet, les considera abusives en els tres supòsits de clàusules contemplades en aquest litigi. Tanmateix, la Sentència no va concedir eficàcia retroactiva a la nul·litat de la clàusula sòl, i aquest aspecte va ser recorregut davant el TJUE, que va dictaminar, en STS de 21 de desembre de 2016, que la nul·litat havia de ser declarada de manera retroactiva. Aquesta decisió va ocasionar el canvi de criteri en el nostre Tribunal Suprem (STS de 24 de febrer de 2017, o de 20 de juliol de 2018) i ha generat un nou allau de demandes en què es reclama el que s'ha pagat de més per aquest concepte des del començament del préstec. Per això es va dictar el Reial decret llei 1/2017, de 20 de gener, que estableix una via extrajudicial de caràcter voluntari per al consumidor que faciliti que pugui arribar a un acord amb l'entitat de crèdit (vegeu, a més, el Reial decret 536/2017, de 26 de maig, que crea i regula una Comissió de Seguiment, Control i Avaluació dels acords que s'adoptin). La doctrina de l'abusivitat per manca de transparència ha estat reiterada a les STS de 8 de setembre de 2014 o de 24 de març de 2015). A més, segons la complexitat del producte la directiva MiFID exigeix que per a productes complexos es facin abans els tests necessaris (vegeu més endavant el que hem dit respecte del crèdit al consum). Finalment, si aquests derivats s'han pactat amb consumidors, es pot donar un supòsit de "clàusula abusiva" (vegeu l'art. 81 LGDCU) si pels tipus fixats i les previsions de l'entitat de crèdit les condicions fixades resulten desproporcionades i amb un perjudici greu per al consumidor.

Entre els derivats hi ha figures relativament simples, que limiten el tipus d'interès que s'ha de pagar. Així, en el "sotre" o *cap*, s'estableix un tipus d'interès màxim que ha de pagar el client, amb independència del tipus d'interès resultant de la fórmula d'interès variable. El sòl o *floor* fixa un tipus d'interès mínim que ha de pagar cada client, amb independència de l'interès resultant (això és, encara que l'interès resultant estigui per sota d'aquest mínim). El "collaret" o "tub" combina les dues modalitats: fixa un tipus d'interès màxim i un de mínim. Si l'interès resultant es troba entre tots dos límits, es paga aquest interès; si està per sobre del sostre, el client paga l'interès màxim; si es troba per sota del sòl, el client satisfà el tipus mínim.

Unes figures de negoci més complexes són els *swaps*. Els *swaps* (intercanvis) són acords d'intercanvi de tipus d'interès, que fixen un valor nominal noional sobre el qual cadascuna de les parts paga un interès diferent, i en les quals el contracte es liquida de manera que la part a la qual correspon el pagament més gran satisfà la diferència a l'altra. Per exemple, A ha obtingut prestat un milió, a *míbor* + 2 (era l'opció més bona de totes les que tenia), però vol pagar un 4%, i fa un *swap* amb B en el sentit següent: A es compromet a pagar a B el 4% anual d'un milió, i B es compromet a pagar a A el *míbor* + 2 anual d'un milió. Arribat el moment de liquidació (mensual, anual, etc.), si per exemple

el **míbor** està al 3%, el resultat serà el següent: A ha de pagar el 4%, i B el 5%, de manera que B lliura a A l'1% d'un milió. Amb aquest 1%, A paga al seu prestador el **míbor** + 2, posant-hi un 4% de la seva butxaca i l'1% que va rebre de B. Si el **míbor** està a l'1%, A ha de pagar el 4%, i B el 3%, de manera que A lliura a B l'1% d'un milió. A pagarà al seu prestador el 3% (**míbor** + 2) i a B l'1%; per tant finalment un 4%. Amb el *swap*, A ha convertit el seu préstec a interès variable en un préstec a fix, paga el 4% d'un milió amb independència del **míbor** que hi hagi, combinant el que paga i rep de prestador i de contractista del *swap*. A no va poder aconseguir un préstec al 4% del seu prestador, però amb el *swap* obté el mateix.

El tipus d'interès *no pot ser excessiu*, ja que la Llei contra la usura del 1908 prohibeix l'interès notablement superior al normal dels diners i manifestament desproporcionat amb les circumstàncies del cas; l'acceptat pel prestatari a causa de la seva situació angoixant, de la seva inexperiència o de la limitació de les seves facultats mentals; o aquell en què se suposa rebuda una quantitat més alta que la lliurada en realitat. A la pràctica és comú que els tribunals considerin excessiu (sense qualificar-lo tècnicament d'*usurari*, però considerant-lo en realitat com a tal) un interès remuneratori superior a 2,5 vegades l'interès legal, perquè la Llei de crèdit al consum considera que aquest és el límit de l'interès de descoberts pactats amb consumidors –art. 20.4 LCC (vegeu el que en diem en l'epígraf següent).

#### **Nul·litat parcial. Interès usurari i interès abusiu**

En cas de ser un interès usurari, no és clar quines són les conseqüències. Una part de la doctrina defensa que l'interès s'ha de tenir per no pactat, però el préstec continuarà vigent. És l'anomenada *nul·litat parcial*, nul·litat que afecta només la clàusula nul·la, però deixa intacta la resta del contracte. Seria injust, en efecte, que el contracte fos nul i el prestatari hagués de retornar els diners o el bé immediatament, ja que l'estarien perjudicant. Tot i això en diverses ocasions el TS ha optat per la solució contrària, i ha considerat nul el contracte, de manera que les parts han hagut de retornar les prestacions (STS de 30 desembre de 1987, 14 de juliol de 2009, o 25 de novembre de 2015).

L'interès, tant el remuneratori com el moratori, pot ser qualificat d'*usurari* si compleix els requisits de la Llei de la usura. L'interès remuneratori, tanmateix, no podria sotmetre's al control d'*abusivitat* (propri de les condicions generals a les quals s'adhereix un consumidor), perquè constitueix un element essencial del negoci; però l'interès moratori sí, perquè no és un element essencial, sinó accidental. Així ho han decidit les STS de 22 d'abril de 2015 i 8 de setembre de 2015, que consideren abusiu un interès de demora que excedeixi en més de dos punts l'interès legal.

De vegades, i especialment quan l'empresa prestatària travessa una situació de dificultat econòmica, les parts procedeixen a modificar les condicions inicials del préstec, sovint incrementant la quantia del que s'ha prestat i ampliant el termini de devolució i les garanties. Aquests "acords de refinançament" corren el perill que, si posteriorment la prestatària cau en concurs, siguin rescindits si van ser perjudicials per a l'empresa (p. ex., perquè la van endeutar més, en ampliar l'import del préstec, o perquè van gravar els béns per garantir el refinançament). Per això, per tornar-los "irrescindibles" en cas de concurs, l'article 71 bis LC estableix una sèrie de requisits, que s'estudien en matèria concursal (vegeu un supòsit de refinançament irrescindible en la STS de 15 de febrer de 2017). Però, a més, les "esperes" (ajornaments), i fins i tot les "quitanças" (perdó de deute) d'aquests acords es poden "estendre" als altres cre-

ditors de passius financers (entitats de crèdit, obligacionistes, etc.) si es compleixen una sèrie d'exigències: bàsicament, si l'acord el van aprovar creditors que representin una certa majoria (del 51 per cent, 60 per cent o 80 per cent, segons el tipus d'efectes que es vulguin estendre) dels passius financers del deutor, i cobreix certs requisits d'irrescindibilitat concursal (vegeu les exigències i precisions en la disposició addicional quarta de la Llei concursal, redactada ara per la Llei 17/2014). D'aquesta manera, pot passar que un creditor financer vegi modificades les condicions dels seus préstecs i crèdits perquè la majoria del passiu del seu deutor ha arribat a un acord amb aquest per ajornar o fins i tot condonar part del crèdit. El principi de relativitat dels contractes queda així exceptuat, i aquesta facultat d'homologació de fet s'ha usat quan una empresa passa per dificultats financeres. L'homologació es tramita davant el jutge mercantil, que, si escau, seria competent per conèixer la declaració del concurs de creditors del deutor.

Cal tenir en compte que aquesta homologació pot comprendre també creditors titulars de crèdits hipotecaris o d'altres garanties; en aquest cas, si una majoria àmplia d'aquest passiu garantit (del 65 o del 80 per cent, segons els efectes) està d'acord a concedir el refinançament. A més, l'admissió judicial de la sol·licitud d'homologació provoca la paralització d'execucions singulars fins que s'acordi l'homologació (disposició addicional quarta.5 de la Llei concursal). Finalment, si la societat o els seus representants legals, administradors o liquidadors s'han negat, sense una causa raonable, a la capitalització de crèdits o a l'emissió de valors o instruments convertibles, i frustren la consecució d'un d'aquests acords, el concurs es qualificarà, *iuris tantum*, com a culpable (art. 165.2 LC), i els socis que s'hagin negat a aquesta recapitalització o emissió de valors poden ser declarats persones afectades per la qualificació culpable (art. 172 bis.1 LC).

### 3.2. El contracte de crèdit al consum

En la Llei 16/2011, de 24 de juny, de crèdit al consum (LCC), s'estableix un règim especial per als préstecs a favor de consumidors. Aquesta norma comporta una transposició de la Directiva comunitària 2008/48/CE (aquesta directiva en va substituir una del 1987; la Llei espanyola, per la seva banda, substitueix la LCC del 1995). Es parteix de la idea que quan el préstec *es concedeix a un consumidor* aquest consumidor necessita una defensa més gran perquè per la seva inexperiència, la seva falta d'informació i la seva possible necessitat de diners pot haver acceptat condicions o clàusules no gaire favorables. Per això la Llei estableix una sèrie de regles que busquen defensar el consumidor, de manera que queden clares quines són les condicions pactades i li són atorgats uns drets mínims. Les normes són imperatives, i els consumidors no poden renunciar als drets que reconeix la Llei (art. 5.1 LCC).

L'àmbit *objectiu* de la Llei abraça tot contracte pel qual un prestador concedeix o es compromet a concedir a un consumidor un crèdit amb la forma de pagament ajornat, préstec, obertura de crèdit o qualsevol mitjà equivalent de finançament (art. 1.1 LCC). Des del punt de vista *subjectiu*, només s'aplica a préstecs a consumidor, entenent per tal la persona física que actua amb finalitats que estan al marge de la seva activitat comercial o professional (art. 1.2 LCC).

### Observació

Com deveu recordar, quan aquests contractes també cauen sota l'aplicació de la LVTBM, és aplicable la LCC (art. 2.1 LVTBM).

Per a l'article 3 LGDCU, són consumidors o usuaris les persones físiques que actuïn amb un propòsit aliè a la seva activitat comercial, empresarial, ofici o professió, i les persones jurídiques i entitats sense personalitat jurídica que actuïn sense ànim de lucre en un àmbit aliè a una activitat comercial o empresarial.

L'actual LCC remarca l'obligació del banc d'*informar prèviament el client* de les característiques fonamentals del contracte. Per això exigeix un contingut mínim en la publicitat d'aquest tipus de contractes (art. 9 LCC), i també una informació prèvia a la contractació amb un contingut igualment mínim (art. 8, 10 12 i 13 LCC). A més, els prestadors i, si escau, els intermediaris de crèdit han de facilitar al consumidor explicacions adequades de manera individualitzada perquè pugui avaluar si el contracte de crèdit proposat s'ajusta als seus interessos, a les seves necessitats i a la seva situació financera (art. 10 LCC). Finalment, és rellevant l'obligació que té el banc d'avaluar la *solvència del consumidor*, sobre la base d'una informació suficient obtinguda pels mitjans adequats a aquest fi, entre els quals, la informació facilitada pel consumidor, a sol·licitud del prestador o intermediari en la concessió de crèdit (art. 14 LCC). D'aquesta manera, i en línia amb el paquet de normativa MiFID i amb l'article 5 de la Llei 10/2014, d'ordenació, supervisió i solvència de les entitats de crèdit, s'exigeix a les entitats de crèdit que només concedeixin crèdit a les persones solvents.

El contracte ha de constar *per escrit* i contenir a més una sèrie de *mencions mínimes* (art. 16 LCC). Amb aquesta exigència es vol que quedin clares quines són les obligacions de les parts en els aspectes essencials. Si no es compleix la forma escrita el contracte és anul·lable; i si hi falta alguna de les mencions mínimes el contracte continua vigent, i la Llei va establir que s'ha d'entendre pactat –normalment, condicions oneroses per al prestador– en cada cas (art. 21 LCC).

Dins de la regulació de molt diversos aspectes que fa la Llei –per a la qual cosa us remetem a fer-ne una lectura–, cal destacar els següents.

a) Es pot establir la *modificació del cost total del crèdit* (els anomenats comunament *interessos variables*), però per a això hi ha d'haver un acord formalitzat per escrit, i la variació del cost s'ha d'ajustar a la d'un índex de referència objectiu, i s'ha de fixar a més el diferencial que s'aplicarà, si escau, a aquest índex –art. 22 LCC (vegeu el que n'hem dit en l'epígraf anterior).

b) El consumidor pot *posar fi gratuïtament* i en qualsevol moment a un contracte de crèdit de durada indefinida (art. 27 LCC), però a més pot *desistir* del contracte en un termini de catorze dies naturals sense haver d'indicar-ne els motius i sense cap penalització (art. 28 LCC).

c) Els *contractes de crèdit vinculats* són aquells en què el crèdit contractat serveix només per a finançar un contracte relatiu al subministrament de béns específics o a la prestació de serveis específics i tots dos contractes constitueixen una unitat comercial des d'un punt de vista objectiu. El fet rellevant és que, en aquests casos, si el consumidor desisteix del contracte de subministrament, deixa d'estar obligat al pagament del crèdit, i a més, pot exercir contra l'acreditant els drets que podria exercir contra el proveïdor de béns o serveis (art. 29 LCC).

### **Observació**

Aquesta regla és l'última formulació de l'evolució que ha experimentat aquesta qüestió en la legislació comunitària i espanyola. Quan hi ha una vinculació entre el proveïdor de béns i serveis i l'acreditant i tots dos contractes (de provisió i de crèdit) formen una unitat comercial des d'un punt de vista objectiu (expressió bastant críptica, el sentit de la qual no aclareix la LCC, però sí la Directiva en l'art. 3.n), el que és lògic és que el consumidor es pugui negar a pagar el crèdit si la provisió no es va fer, o es va fer de manera defectuosa. A Espanya el *cas Opening* va ser l'exponent de l'aplicació d'aquesta regla, amb resultats no sempre iguals per a tots els perjudicats (vegeu un supòsit de contracte vinculat a la STS de 24 de novembre 2016).

### **Activitat**

Cerqueu informació sobre el *cas Opening* i fixeu-vos en quines diverses solucions es van donar als consumidors afectats segons quina fos la relació existent (o inexistent) entre l'acadèmia d'idiomes i l'entitat acreditant.

d) El consumidor pot *reemborsar anticipadament*, de manera total o parcial, el crèdit, i estalviar-se així els interessos i els costos associats a l'import que es reemborsa, si bé és possible que hagi de compensar el prestador pagant-li una compensació amb uns límits i una forma de determinació que fixa la Llei (art. 30 LCC).

e) La regla que regula els *descoberts tàcits*, això és, els supòsits en què el banc permet al client fer pagaments quan no hi ha prou fons en el compte, de manera que es causa un descobert, ha tingut una importància pràctica excepcional. A aquests descoberts s'aplica parcialment la Llei, que estableix concretament que en cap cas no es pot aplicar als crèdits que es concedeixin en forma de descoberts un tipus d'interès que doni lloc a una taxa anual equivalent superior a 2,5 vegades l'interès legal dels diners (art. 20.4 LCC). Aquesta regla no és només rellevant pel que diu, sinó sobretot perquè parteix de la jurisprudència menor (la de les audiències provincials), i ha pres aquest límit com una espècie de "referent" o "model" del que el legislador considera un interès "excessiu" (o fins i tot usurari).

f) En la publicitat, en la informació i en el contracte s'ha de fer constar, de manera expressa, quin és el *cost total del crèdit*, que es tradueix en la taxa anual equivalent (TAE), que iguala sobre una base anual el valor actual de tots els compromisos existents o futurs assumits pel prestador i pel consumidor (art. 32).

En un préstec amb un interès del 7%, si la TAE és d'un 8,5% vol dir que el client en realitat el que acaba pagant a l'any és un 8,5% del capital, tenint en compte que s'hagi pactat una "capitalització" dels interessos vençuts, que hi hagi altres despeses a més de l'interès, etc.

### 3.3. El contracte de lísing

El lísing o arrendament financer és una fórmula de finançament molt estesa. Es tracta d'una operació, a mitjà o llarg termini, en la qual intervenen tres subjectes: el fabricant d'un bé, l'empresa de lísing i l'usuari del bé. En el supòsit normal, l'usuari (que necessita usar el bé, però no pot o no vol adquirir-lo) ordena a l'empresa de lísing que compri el bé al fabricant i després *li'n permeti l'ús* per un temps determinat i pagant una renda en els terminis pactats. Al cap del termini fixat, l'usuari pot prorrogar el contracte, donar-lo per acabat o comprar el bé per l'anomenat *preu residual*, que sol ser molt petit. D'aquesta manera, l'usuari pot utilitzar el bé pagant una renda periòdica, i l'empresa de lísing obté el guany per la diferència entre el preu del bé i la quantia total dels terminis pagats. Una certa regulació d'aquest negoci, però naturalment gens completa, consta en la disposició addicional tercera de la Llei d'ordenació, supervisió i solvència d'entitats de crèdit (Llei 10/2014), de conformitat amb la qual:

"Tenen la consideració d'operacions d'arrendament financer els contractes que tinguin per objecte exclusiu la cessió de l'ús de béns mobles o immobles, adquirits per a aquesta finalitat segons les especificacions del futur usuari, a canvi d'una contraprestació consistent en l'abonament periòdic de quotes. Els béns objecte de cessió han de quedar afectats per l'usuari únicament a les seves explotacions agrícoles, pesqueres, industrials, comercials, artesanals, de serveis o professionals. El contracte d'arrendament financer ha d'incloure necessàriament una opció de compra, a la seva finalització, a favor de l'usuari".

Cal assenyalar que *en cas de concurs de l'usuari* el bé donat en lísing no entrarà a formar part de la massa concursal (art. 80 LConc), ja que continua essent de propietat de l'empresa de lísing. Una cosa diferent és que el concursat manté el dret d'usar el bé si està al corrent del pagament de les quotes, i si continua l'activitat empresarial malgrat la declaració de concurs (art. 44 i 61 LConc). En cas que hi hagi quotes impagades, a més, el crèdit de la companyia de lísing per aquest concepte és un crèdit amb privilegi especial (vegeu l'art. 90.1.4t. LConc). La jurisprudència ha considerat que quan el contracte d'arrendament financer estableix que l'empresa de lísing ha complert totes les obligacions, se li aplica l'apartat primer de l'article 61, i no l'apartat segon, i per això les quotes posteriors a la declaració són crèdits concursals privilegiats i no contra la massa (STS de 19 de febrer de 2013, 12 de novembre de 2014 o 12 de setembre de 2015, entre moltes altres).

### 3.4. El contracte de facturatge

El contracte de facturatge (*factoring*) és un contracte atípic pel qual un empresari encomana a l'empresa de facturatge que *s'encarregui del cobrament de tots o d'alguns dels seus crèdits*. L'empresa de facturatge, simplement, pot gestionar el pagament al venciment; però també pot anticipar els diners, i fins i tot assumir que el deutor cedit no els pagui. Aquestes diverses modalitats fan que en

cada cas la figura s'assimili més a una simple "comissió" (encàrrec de fer una operació de cobrament), a una comissió en garantia (si l'empresa de facturatge assumeix el risc d'impagament) o a un finançament (si l'empresa de facturatge anticipa). En aquests contractes el client principal "cedeix" els crèdits a l'empresa de facturatge, i això es notifica al deutor cedit perquè sàpiga que el seu nou creditor és aquesta empresa.

Malgrat l'atipicitat general del contracte, hi ha algunes *normes disperses* que regulen certs aspectes parcials d'aquest negoci. L'article 218 del Reial decret legislatiu 3/2011, de la llei de contractes del sector públic, admet la cessió dels drets de cobrament dels contractistes de l'Administració pública. D'aquesta manera aquests contractistes poden "descomptar" (vegeu més endavant informació sobre el contracte de descompte bancari) o encomanar la gestió de cobrament dels crèdits a les empreses de facturatge. Així mateix, s'aplica el que disposa la Llei 1/1999, de 5 de gener, sobre entitats de capital risc, i, en concret, la disposició addicional tercera, referida a "determinades cessions de crèdits" empresarials. Les cessions de crèdit a què es refereix la norma (que pensa en les que s'han fet mitjançant contractes de facturatge) tenen eficàcia davant de tercers des de la data de formalització, sempre que es justifiqui la certesa de la data per algun dels mitjans que estableixen els articles 1218 i 1227 del CC o per qualsevol altre mitjà admès en dret. En cas de concurs del cedent són rescindibles d'acord amb el que disposa l'article 71 de la LC, però en cas de concurs del deutor cedit, els pagaments que ha fet aquest deutor al cessionari no estan subjectes a aquesta rescissió, excepte en alguns supòsits.

### **3.5. Garanties personals**

#### **3.5.1. La fiança**

Segons diu l'article 1822 del CC, "*per la fiança un s'obliga a pagar o a complir per un tercer, en cas que aquest no ho faci*". La fiança es mostra, així, com una obligació accessòria o dependent d'un deute principal, el pagament del qual és garantit o assegurat per un nou patrimoni, el del fiador. Aquesta accessorietat comporta que la fiança garanteix una obligació concreta, i segueix les vicissituds d'aquesta obligació, com si hi estigués unida de manera indissoluble. El fiador que pagui té dret de repetir el pagament contra el deutor finançat.

És important saber quins efectes té la declaració de *concurso del deutor finançat*. Un primer efecte automàtic és l'eliminació del benefici d'excussió, conforme a l'article 1831.3r. del CC. Això no implica, però, que el fiador hagi de respondre immediatament, ja que cal esperar-se al venciment i a l'impagament de l'obligació garantida –la declaració de concurs no comporta el venciment dels deutes, però sí que el comporta l'obertura de la fase de liquidació (art. 146 LC). Com que pot ser que el fiador esdevingui creditor del concursat, si paga

el deute garantit, pot insinuar el seu crèdit com a condicional (art. 87.3 LC). A més, si satisfà el deute, es pot subrogar en el crèdit ja reconegut del creditor principal (art. 1839 CC i 87.6 LC).

La Llei concursal estableix, a més, dues regles específiques per al supòsit de fiança. La primera la conté l'article 87.6, conforme al qual:

“Els crèdits en què el creditor gaudeixi de fiança de tercer es reconeixen per l'import que tenen sense cap limitació i sense perjudici de la substitució del titular del crèdit en cas de pagament pel fiador. Sempre que es produeixi la subrogació per pagament, en la qualificació d'aquests crèdits s'ha d'optar per la que resulti menys onerosa per al concurs entre les que corresponguin al creditor o al fiador.”

Això implica que si, per exemple, el fiador és soci majoritari del concursat –i, per tant, persona que hi està especialment relacionada (art. 92.5 i 93 LC), el crèdit del creditor es reconeixerà com correspongui; i si el fiador paga el creditor, i se subroga en el crèdit, aquest crèdit es “requalificarà” com a subordinat.

La segona regla específica la recull l'article 135 de la LC. Conforme a aquest article, si hi ha un conveni, però el creditor no hi vota a favor, aquest conveni no afecta l'obligació del fiador (així, els possibles quitaments o esperes no s'apliquen al fiador, que continua obligat en els termes de la fiança); si, en canvi, el creditor hi va votar a favor, pot ser que allò acordat en el conveni s'extengui al fiador, que veu reduïda així l'obligació –si hi va haver quitament– o extingida la fiança –si hi va haver espera, per aplicació de l'article 1851 del CC, tret que hi hagi consentiment del fiador a aquesta pròrroga.

### 3.5.2. Les garanties independents o autònomes

Les garanties independents són obligacions de pagament assumides pel garant en les quals aquest garant afirma que pagarà *amb total independència de les vicissituds del negoci subjacent*.

Garant i beneficiari saben, per descomptat, que hi ha un deute subjacent entre beneficiari i garantit (el qual determina l'import i el termini de la garantia, entre altres coses), però estableixen que el pagament del garant es faci a petició del beneficiari, i sense poder fer jugar les excepcions que es deriven del negoci subjacent. Aquestes garanties, per tant, es caracteritzen per l'autonomia o independència que tenen respecte d'aquesta relació (vegeu les recents STS de 19 de maig de 2016 o de 2 juny de 2017). Com a conseqüència d'això, el garant ha de pagar “quan li ho exigeixin”, i això fa que el pagament es produeixi “a primera demanda” o “a primer requeriment”. Per això aquestes garanties també s'anomenen, sovint, *garanties a primera demanda*, però aquest aspecte és més una conseqüència de l'element que defineix aquestes garanties.

#### La garantia autònoma

Per descomptat, la garantia autònoma es presta al frau del beneficiari, que pot ser que exerceixi la reclamació sense abans haver intentat el pagament del deutor, o malgrat que el negoci subjacent hagi estat anul·lat o resolt. Aquest “ús abusiu”, però, ni resultarà a la fi útil per al beneficiari (que es veurà obligat a retornar els diners i a pagar danys i



perjudicis) ni contrarestarà els beneficis de la figura quan s'empri de manera adequada. De totes maneres, tant algun dels textos internacionals com la doctrina i la jurisprudència admeten l'oposabilitat de l'*exceptio doli*, en el sentit que el garant sí que es pot negar a pagar si sap, i demostra, que la reclamació del beneficiari és absolutament abusiva, perquè ja va cobrar o perquè no va dur a terme la prestació pactada pel deutor. El nostre Tribunal Suprem a vegades ha permès un joc excessiu d'aquesta excepció (vegeu, per exemple, la STS d'1 d'octubre de 2007), ja que portada a l'extrem comporta la "causalització" de la garantia, i la pèrdua de l'avantatge que té davant de la fiança clàssica.

### 3.5.3. Les cartes de patrocini

Les cartes de patrocini es caracteritzen a la pràctica pel fet de ser documents (cartes) que s'envien a una entitat (normalment, una entitat de crèdit) que està estudiant concedir crèdit a una empresa, o que hi dóna suport financerament. L'emissor de la carta és, en general, la societat mare d'aquesta empresa, o un soci majoritari, i té per objecte *patrocinar l'empresa necessitada de fons*, presentar-la, donar-li suport, manifestar que es confia que respondrà plenament a la confiança (i als crèdits) que s'hi dipositi. Les cartes solen tenir un contingut comú, i després se solen diferenciar quant al grau de suport. El contingut comú sol consistir en la presentació de l'emissor com a societat mare, o soci majoritari, de l'empresa, i a manifestar que es confia en la seva situació econòmica i en el compliment dels seves obligacions. A partir d'aquí, l'emissor:

a) o bé es limita a aquesta presentació de l'activitat de l'acreditada, sense altres precisions i sense assumir cap compromís de pagar ni de fer;

b) o bé assumeix compromisos concrets, que poden ser de pagar si no ho fa la patrocinada, o obligacions de fer (de proveir de fons o d'assistència financera la patrocinada perquè pagui, de subscriure augments de capital, etc.). El ventall de possibilitats és tan ampli que depèn de cada cas determinar si l'emissora de la carta es va comprometre a alguna cosa, i en aquest cas, a què.

#### Estratègia processal

Determineu si l'emissora de les cartes següents assumeix alguna mena d'obligació.

1. Carta d'un banc en la qual sortint al pas de "certs rumors estesos sobre el suport financer d'A. S." fa saber a l'ara recurrent que aquesta entitat bancària "controla directament o indirectament l'absoluta majoria de les accions", i "sosté les seves necessitats econòmiques, incloent-hi l'adquisició de dos avions", de manera que "el banc creu fermament en el futur d'A. S." i fins i tot "ha aprovat un augment del capital social d'aquesta en 300 milions de pessetes" (vegeu la STS de 16 de desembre de 1985).

2. "Senyors: en relació amb la sol·licitud del compte de crèdit que per import de 20.000.000 de pessetes (vint milions de pessetes) els va sol·licitar l'empresa C. I., SA, els comuniquem que posseïm el 100% del capital d'aquesta empresa. Pel que fa al compte de crèdit esmentat, els comuniquem que si C. I., SA, tinguéssim problemes per a retornar-lo en la data del venciment ampliaríem capital fins a l'import d'aquest crèdit per poder fer front a aquest compromís" (vegeu la STS de 30 de juny de 2005).

3. "Vull deixar constància del coneixement per la meua banda de l'atorgament d'un préstec a S., SA, per un import de tres-cents milions de pessetes, per part d'aquesta entitat bancària. S., SA, és una companyia en què jo mateix i el meu grup empresarial exercim una posició de majoria absoluta en el capital i tenim interès que aquesta operació es resolgui amb tota normalitat. En cas que preveiéssim la possibilitat de desprendre'ns de la nostra posició majoritària en S., SA, ens comprometríem a informar-los de les mesures pertinents perquè aquesta operació creditícia pogués arribar a bon terme i a estudiar-les

amb vostès. I en qualsevol cas, posarem per la nostra banda tots els mitjans i totes les mesures necessaris perquè l'operació tingui un bon fi" (vegeu la STS de 13 de febrer de 2007).

4. "Tenim una participació del 48% en l'empresa esmentada, i seguim molt de prop les activitats que s'hi duen a terme. Amb aquesta carta ens comprometem a mantenir la nostra participació com a mínim en l'empresa esmentada, no solament fins a la data del venciment de l'operació de finançament que el banc li concedeix, sinó fins a la cancel·lació completa dels deutes que, per qualsevol concepte, es puguin haver derivat com a conseqüència de les operacions creditícies atorgades per la seva entitat. Malgrat això, si decidíssim variar la nostra participació en la signatura, ens comprometriem a comunicar al banc, amb caràcter previ, aquesta variació, a fi que ens comuniquin la conformitat expressa. En cas que el banc no presti aquesta conformitat ens comprometrem a abonar totes les obligacions de pagament pendents, a càrrec de l'empresa S., SL, abans de variar la nostra participació. Els confirmem amb aquesta carta que farem tots els esforços necessaris perquè l'empresa S., SL, disposi a cada moment de mitjans financers que li permetin fer front als compromisos a què ha arribat amb vostès, pels crèdits que li concedeixin. En cas que la nostra entitat participada fos per qualsevol raó incapaç de fer front a les seves obligacions respecte al seu banc, en virtut de l'obligació financera detallada en el paràgraf primer, nosaltres els prestarem tots els recursos necessaris de tipus financer, tècnic o d'una altra classe que els permetin complir satisfactòriament els seus compromisos, tant pel que fa a nominal com a interessos, a costes i a totes les despeses que comporti aquesta operació" (vegeu la STS de 18 març de 2009).

5. "Hem estat informats i tenim coneixement que vostès estudien concedir finançament per un import total d'1.500.000 euros (d'ara endavant, el "Finançament") a la societat MEI, SL, amb domicili al carrer \*\*\*\*, de Madrid, societat que controlem i gestionem perquè en som accionistes i que, en conseqüència, pertany al nostre grup. Així mateix, sabem que és causa determinant per a concedir el Finançament subscriure aquesta carta de patrocini per a la nostra societat. A més, declarem conèixer tots els termes, drets i obligacions a contreure per les parts en el Finançament, i hi prestem la nostra total conformitat. Els confirmem que la societat CGGE és propietària del 9,22% del capital desemborsat de 9.000.000 euros i no té intenció de reduir aquesta participació fins que la nostra filial cancel·li totes les obligacions contraetes amb vostès. En qualsevol cas, ens comprometem a sol·licitar, almenys amb un mes d'antelació, el seu consentiment previ per escrit a qualsevol modificació accionarial de MEI, SL, i, en cas que això faci referència a una alienació total o parcial per la qual en perdem el control efectiu, ens obliguem a atorgar una garantia suficient en els termes que sigui del seu grat com a condició prèvia al consentiment. Ens comprometem, de manera irrevocable, a assegurar a la societat MEI, SL la nostra completa assistència financera d'acord amb la participació que hi tenim, adoptant les mesures necessàries per a assegurar que compleixi puntualment les obligacions contraetes amb la seva entitat, sia transferint els fons necessaris a favor d'aquesta entitat o fent qualsevol altra acció que produeixi el mateix efecte. Aquest compromís romandrà en vigor fins que la nostra filial cancel·li totes les obligacions contraetes amb vostès. Així mateix, ens comprometem de manera irrevocable a què les obligacions contraetes, o les que la nostra filial pugui contreure amb vostès en el futur, tinguin prioritat de cobrament sobre els nostres crèdits davant d'aquesta filial" (vegeu la STS de 27 de juny de 2016).

### 3.6. Contractes bancaris

El règim administratiu de les entitats de crèdit es recull actualment en la Llei 10/2014, de 26 de juny, d'ordenació, supervisió i solvència d'entitats de crèdit (d'ara endavant, LOSSCE), que fixa els seus requisits organitzatius i els "matalassos" de solvència (tot això d'acord amb el que disposa el Reglament UE 575/2013, sobre els requisits prudencials de les entitats de crèdit i les empreses d'inversió). De conformitat amb l'article 1.1, són entitats de crèdit "les empreses autoritzades l'activitat de les quals consisteix a rebre dels públics dipòsits o altres fons reemborsables i a concedir crèdits per compte propi".

A partir del 2008 les caixes d'estalvis han experimentat canvis severs en la seva organització, que han finalitzat en la Llei 26/2013, de 27 de desembre. De conformitat amb aquesta, l'activitat de les caixes s'ha d'orientar principalment a serveis bancaris i d'inversió per a clients detallistes i PIMES, i normalment el seu àmbit d'actuació no pot excedir el territori d'una comunitat autònoma. Actualment, només dues caixes es mantenen com a entitats individuals (les d'Ontinyent i de Pollença). Totes les altres s'han integrat en SIP o s'han fusionat.

En els últims anys els canvis efectuats en la normativa d'entitats de crèdit han estat molts i importants, i requereixen sobretot més solvència i una avaluació proporcional molt més rigorosa dels riscos assumits per les entitats. L'exigència d'una sèrie de "matalassos de capital" (és a dir, de *ràtios* entre els recursos propis de les entitats i el risc assumit en les seves operacions d'actiu) és imposada per la normativa comunitària (actualment,

el Reglament UE 575/2013 esmentat) i es recull en els articles 43 a 49 LOSSCE. La Llei 11/2015, de 18 de juny, de recuperació i resolució d'entitats de crèdits i empreses de serveis d'inversió (LRREC), és la que regula l'actuació quan una entitat de crèdit és en risc d'insolvència o en situació actual d'insolvència.

### 3.6.1. El contracte de compte corrent bancari

El contracte de compte corrent és aquell mitjançant el qual el client d'una entitat de crèdit i aquesta entitat convenen que l'entitat atindrà les ordres de pagament i de domiciliació d'ingressos que determini el client, i que els fluxos dineraris generats per aquests pagaments i ingressos *s'anotaran mitjançant un sistema comptable de deute i abonament*, i es determinarà a cada moment el saldo exigible. El contingut fonamental del contracte és, d'aquesta manera, doble. D'una banda, el client obté l'anomenat *servei de caixa*, això és, la possibilitat de disposar dels diners que hi ha en el compte mitjançant molt diversos mecanismes de pagament (xecs, transferències, targetes bancàries, domiciliació de pagaments, etc.), i també de fer ingressos per diverses formes (pagaments fets per tercers i domiciliats en el compte, ingressos del titular, etc.). I, de l'altra, aquests pagaments i ingressos s'anoten mitjançant una tècnica comptable de deutes i abonaments, i es determina un saldo a favor d'una de les parts negocials. El compte corrent resulta, així, un negoci purament instrumental, una manera de disposar dels diners sense haver-los de mobilitzar físicament. Alhora, hi ha una altra operació bancària, aquesta sí, substantiva, que justifica l'existència dels fons del compte.

Fins al 2009 el compte corrent era un contracte atípic, però la Llei 16/2009, de 13 de novembre, de serveis de pagament (LSP) ha comportat una regulació parcial d'aquest compte. Per descomptat, no és una norma que es refereixi de manera principal al contracte de compte corrent, al qual no esmenta amb aquest nom ni una sola vegada. La regulació que fa, però, dels diversos sistemes de serveis de pagament, i sobretot dels "contractes marc de serveis de pagament", té com a exemple més clar d'aplicació pràctica el contracte de compte corrent. La Llei 16/2009 ha estat derogada i substituïda pel Reial decret llei 19/2018, de serveis de pagament i altres mesures urgents en matèria financera, que en part reitera el sentit de la regulació anterior. En aquesta matèria també és rellevant el Reial decret llei 19/2017, de 24 de novembre, de comptes de pagament bàsics, trasllat de comptes de pagament i comparabilitat de comissions.

#### Els serveis de pagament

La majoria dels serveis de pagament constitueixen les operacions ordinàries que componen el servei de caixa complet del compte corrent ordinari: la gestió de pagaments, sobretot el compliment d'ordres de pagament fetes mitjançant domiciliació de rebuts, transferències i targetes bancàries. El Reial decret llei 19/2018 es refereix en diversos preceptes al *contracte marc* de serveis de pagament, que es defineix com "un contracte de servei de pagament que regeix l'execució futura d'operacions de pagament individuals i successives, i que pot estipular l'obligació d'obrir un compte de pagament i les condicions corresponents per a fer-ho" (art. 3.9). Alhora, un *compte de pagament* és "un compte a nom d'un o diversos usuaris de serveis de pagament que sigui emprat per a executar operacions de pagament" (art. 3.11). El paradigma d'aquest contracte és l'obertura d'un compte corrent, i la corresponent assumpció de l'obligació de complir les ordres de pagament. Encara que no és obligatori obrir un compte de pagament, no cal dir que en

la immensa majoria dels supòsits les ordres de pagament s'instrumenten dins d'un contracte de compte corrent.

El Reial decret llei 19/2018 regula molts dels aspectes contractuals dels serveis bancaris de pagament. La major part d'aquesta regulació és comuna a qualsevol dels serveis de pagament que es facin servir (dates de valoració, informació prèvia, etc.). En concret el Reial decret llei 19/2018 regula els requisits de transparència de les condicions i de la informació aplicables als serveis de pagament –art. 29 LSP. Vegeu el desplegament que en fa l'Ordre EHA/1608/2010, que s'ha de considerar vigent en la mesura en què no s'oposi a les normes del Reial decret llei); la modificació i la resolució del contracte de compte corrent (art. 32 i 33 LSP); l'autorització d'operacions de pagament (art. 36 a 49 LSP); i l'execució d'ordres de pagament (art. 50 a 64 LSP).

### 3.6.2. Targetes bancàries

Les targetes bancàries són, simplement, uns documents de plàstic en què hi ha plasmada la identitat del titular i la numeració pròpia de la targeta, i que porten incorporada una banda magnètica en què es van anotant les diverses operacions que es fan, pròpies del servei de caixa del compte corrent al qual es vincula la targeta. No són títols valor pròpiament dits, ja que no tenen diverses de les dades característiques d'aquests títols (transmissibilitat, autonomia, literalitat, etc.). Només es tracta de documents que *permeten l'ús de certes prestacions del servei de caixa* i, sobretot, el pagament de l'adquisició de béns. En bona part “substitueixen” els diners o, més aviat, hi “equivalen”.

Un dels aspectes fonamentals en les targetes bancàries per a aconseguir la confiança del client és regular adequadament les *conseqüències de la pèrdua o sostracció de la targeta* (la norma es refereix a pèrdues o sostracció d'“instruments de pagament”, els més comuns dels quals són les targetes i els talons o xecs). L'article 46.1 del Reial decret llei 19/2018 estableix tres grups de supòsits per a les pèrdues derivades d'operacions de pagament no autoritzades resultants de la utilització d'un instrument de pagament extraviat, sostret o apropiat indegudament per un tercer.

a) L'ordenant no ha de suportar cap cost si no li és possible detectar la pèrdua, sostracció o apropiació indeguda d'un instrument de pagament abans d'un pagament, excepte si el mateix ordenant ha actuat fraudulentament o la pèrdua es deu a l'acció o inacció d'empleats o de qualsevol agent, sucursal o entitat d'un proveïdor de serveis de pagament al qual s'hagin externalitzat activitats, o si les operacions s'han efectuat de manera no presencial utilitzant únicament les dades de pagament impreses en el mateix instrument, sempre que no s'hagi produït frau o negligència greu en el compliment de les obligacions de custòdia de l'instrument de pagament i les credencials de seguretat, i hagi notificat aquesta circumstància sense demora.

b) L'ordenant ha de suportar totes les pèrdues derivades d'operacions de pagament no autoritzades si ha incorregut en aquestes pèrdues per haver actuat de manera fraudulenta o per haver incomplert, deliberadament o per negligència greu, una o diverses de les obligacions que estableix l'article 41.

c) En els altres supòsits, l'ordenant pot quedar obligat a suportar fins a un màxim de 50 euros.

D'aquesta manera, en definitiva, es limita amb caràcter general la pèrdua per aquests supòsits a 50 euros i s'exonera el client en una sèrie de casos; però si hi ha hagut frau, o incompliment deliberat o per negligència greu de l'obligació de custòdia i de guarda de l'instrument de pagament o de les claus de pagament, el client ha de suportar totes les despeses efectuades.

### 3.6.3. Operacions bancàries actives

En aquesta matèria destacarem el següent:

Dins de les operacions actives, han plantejat molts problemes els contractes de *swap* (sobre aquesta figura, vegeu el que n'hem dit més amunt) formalitzats amb consumidors, en molts casos negociats juntament amb un préstec hipotecari. La caiguda de l'*euríbor* ha causat que en virtut dels *swaps* els clients s'hagin vist obligats a pagar quantitats importants (perquè sovint rebien del banc l'*euríbor*, i el client pagava un interès fix). Quan les clàusules del *swap* no són clares, o resulten ambigües o contradictòries, la defensa del client consistirà en el fet que no estan "incorporades" al contracte (vegeu l'art. 7 LCGC). Si són clares i comprensibles, sovint s'al·lega que resulten abusives si el banc podia saber, segons les seves previsions d'evolució dels tipus d'interès, que el *swap* pactat amb aquests tipus li resultaria sempre favorable –comportaria una clàusula contrària a bona fe i en perjudici del consumidor (vegeu el concepte de *clàusula abusiva*). De totes maneres, la fórmula que ha tingut més èxit ha estat la de sol·licitar l'anul·lació del contracte per error en el consentiment (vegeu, per exemple, la recent STS de 13 setembre de 2018), amb independència d'altres arguments més relacionats amb el caràcter de condicions generals d'aquestes clàusules.

#### Estratègia processal

Llegiu les STS de 9 de maig de 2013, i l'ATS de 3 de juny de 2013 que la va aclarir les STS, de 8 de setembre de 2014 i 24 de març de 2015, i comproveu en quins casos es pot argumentar que un derivat sobre tipus d'interès (en el cas tractat en la sentència, una "clàusula vall") es considera abús per falta de transparència.

Els *swaps* plantegen, a més, problemes quan el client bancari entra en concurs (amb independència que es tracti de client consumidor o empresari). Si les liquidacions que genera el contracte es consideren interessos, esdevenen crèdits subordinats –perquè els interessos ho són (art. 92.3r. LC)–; la majoria de la doctrina i dels jutjats, en canvi, estimen que no són interessos –perquè no estan lligats a un deute principal–, sinó prestacions derivades d'un contracte

autònom. D'altra banda, la jurisprudència majoritària considera que un *swap* no constitueix un "contracte amb obligacions recíproques pendents de compliment" al qual resulti aplicable l'art. 62 LC (i, per tant, l'art. 16 DL 5/2005), sinó més aviat un contracte aleatori, la qual cosa condueix a la conseqüència que les liquidacions practicades durant el concurs no són crèdits contra la massa, sinó concursals ordinaris contingents (STS, de 8 de gener de 2013, de 9 de gener de 2013 o 2 de setembre de 2014).

En matèria de *descompte*, es continuen plantejant els problemes de diligència de l'entitat descomptant a l'hora de cobrar el crèdit descomptat i no satisfet. El Tribunal Suprem ha reiterat la doctrina que si l'entitat de crèdit descomptant deixa perjudicar amb culpa el títol o el deixa prescriure, i no avisa el descomptatari de l'impagament, no pot exercir l'acció causal. En aquests supòsits, es raona, si pogués reclamar al descomptatari mitjançant l'acció causal de descompte, li retornaria un títol que ja no és "cobrable" (o, almenys, un títol no tan fàcil de cobrar com el que es va lliurar a l'entitat en descomptar-lo). La pèrdua culposa de l'acció canviària no pot permetre que el banc acudeixi, llavors, a l'acció extracanviària, i retorni un títol de més mala condició que el que li va ser lliurat.

#### **Estratègia processal**

Vegeu les STS, de 30 d'abril de 2003, de 25 de novembre de 2004, de 29 de setembre de 2008, o de 20 de maig de 2009. D'acord amb això, si per exemple el banc no va avisar el descomptatari de l'impagament, i després va deixar prescriure l'acció canviària, ja no pot exercir la causal; però si va avisar el descomptatari, segons el Tribunal Suprem és aquest qui té la càrrega de pagar el títol i recuperar-lo abans que prescriguin les accions canviàries.

#### **3.6.4. Operacions bancàries passives**

Respecte de les operacions bancàries passives, cal assenyalar que avui dia s'han unificat els tres *fonds de garantia de dipòsits* que hi ha, i continuen cobrint el client enfront de la insolvència de l'entitat de crèdit, de manera que garanteixen la recuperació de 100.000 euros per client (vegeu el RDL 16/2011). Amb els dipòsits "clàssics" coexisteixen figures híbrides, en les quals l'interès es determina, per a tot el contracte o per a part de la durada del contracte, amb referència a l'evolució d'una "cistella" de valors, de manera que es meritaren interessos si en els moments pactats tots els valors han experimentat ascensos en la cotització respecte del moment inicial del contracte (dipòsits indexats o estructurats). Són diferents, en canvi, els contractes en què l'entitat de crèdit no garanteix la devolució del capital, ja que llavors són instruments financers d'alt risc en què el client pot perdre, totalment o parcialment, els diners lliurats, i haurien de ser comercialitzats per les entitats com a tals instruments financers (test d'idoneïtat, de conveniència, etc.), i no com a dipòsits.

#### **Activitat**

Vegeu el supòsit tractat en la STS de 22 de desembre de 2009, d'un "dipòsit d'alta rendibilitat" que generava a favor del banc una retribució, de tal manera que si la retribució era

superior a l'interès generat el client perdria part del capital invertit. El Tribunal va confirmar el criteri que dir-ne *dipòsit* resultava enganyós, i que l'operació s'havia d'anul·lar.

Els dipòsits de diners han estat la manera clàssica d'obtenció de fons dels clients, amb obligació de restituir-los (obtenció de passiu). Tot i això, la inventiva financera i un afany desmesurat per incrementar encara més la captació de fons ha fet que les entitats de crèdit hagin acudit a *altres formes indirectes d'obtenció de fons* dels estalviadors, sovint mitjançant fórmules que combinen aspectes del mercat bancari (de crèdit) i de valors, i que en bona part expliquen el grau de risc i de palanquejament financer que ha conduït a la crisi financera actual.

### 3.6.5. Operacions bancàries neutres

Cal assenyalar aquí que, si bé fins al 2009 les *transferències* bancàries eren contractes atípics, avui dia resulta aplicable tota la normativa sobre serveis de pagament, que estableix, per exemple, els terminis màxims que el banc pot fer servir per a abonar els diners en el compte del beneficiari, la irrevocabilitat de l'ordre de transferència, o que normalment les despeses per la transferència seran assumides per les dues parts –despeses compartides, a diferència del sistema anterior, que normalment era de despeses a càrrec de l'ordenant (vegeu els arts. 50 a 64 RDL 19/2018).

En matèria de *caixes de seguretat*, el problema fonamental continua essent la possible responsabilitat del banc en el cas de sostracció del que s'ha ingressat en les caixes. La sorprenent STS de 4 de novembre de 2008 aplica el criteri de l'article 1769.3 del CC, segons el qual n'hi ha prou amb l'afirmació del client per a donar per provada l'existència de béns en la caixa, i el banc hauria d'aportar indicis que destrueixin aquesta afirmació. A la pràctica, les dificultats de prova s'intenten esbiaixar pactant en el contracte que, en cas de sostracció, s'ha de satisfer al client una quantitat màxima pactada, o establint que el client no pot ingressar objectes que excedeixin un valor determinat. Quan aquestes clàusules estiguin pactades amb consumidors cal plantejar el caràcter "abusiu" que tenen, ja que s'impedeix al client que recuperi un valor real, taxant-lo o limitant-lo per un preu realment baix. Normalment el contracte de caixes de seguretat inclou un contracte d'assegurança per al cas de sostracció o danys, de manera que el preu del lloguer també inclou la prima d'assegurança (es tracta d'una assegurança de responsabilitat civil). La responsabilitat de l'assegurador sí que pot estar limitada, perquè no comporta un límit abusiu de la indemnització per al responsable (que és l'entitat de crèdit). El client pot pactar una assegurança amb una cobertura més gran que la inicial.

Atesa la seva particular posició, els bancs poden operar com a intermediaris òptims entre els empresaris que volen *col·locar bons* en el mercat i els inversors que busquen títols d'alta rendibilitat. Les entitats de crèdit, però, poden fer a més *els mateixos serveis d'inversió que els intermediaris en els mercats de valors* (empreses de serveis d'inversió, ESI), si així es recull en els seus estatuts. En aquests casos les entitats de crèdit han de complir els requisits que s'exigeixen a

aquestes ESI, com fer els tests d'idoneïtat i de conveniència quan el client és un detallista. De fet, el servei de reclamacions del Banc d'Espanya ha recordat en diverses ocasions a les entitats la necessitat d'assessorar el client i de comprovar els seus coneixements i el seu nivell de risc quan se li ofereixen productes d'inversió mitjanament complexos.

### **Test d'idoneïtat i de conveniència. Error en la contractació de productes financers.**

En concret, el client que demani un servei d'assessorament en matèria d'inversió o de gestió discrecional de carteres s'ha de sotmetre a un test d'idoneïtat perquè l'entitat apreï quins coneixements té i en determini el perfil inversor (conservador, arriscat, etc.) per a poder gestionar o assessorar d'acord amb aquest perfil. Si el client es nega a sotmetre-s'hi, l'entitat no li pot oferir el servei. Quan se sol·liciti un altre servei d'inversió o auxiliar, s'ha de sotmetre el client a un test de conveniència per a avaluar els coneixements que té i si pot comprendre els riscos que comporta el producte que sol·licita; si l'entitat considera que el producte no és adequat a aquests coneixements ho ha de comunicar al client, que malgrat això el pot contractar (fent constar que ha estat advertit dels riscos i que els accepta). Vegeu els articles 213 i 214 de la LMV. Aquestes obligacions es contenen en la coneguda com a *Directiva MiFID* (Markets in Financial Instruments Directive), que parteix de la Directiva 2004/39, de 21 d'abril de 2004, després ampliada i desplegada per la Directiva 2006/73 i pel Reglament 1287/2006, tots dos de 10 d'agost de 2006. Posteriorment, les mesures normatives s'han anat actualitzant amb la Directiva MiFID II i el Reglament MiFIR, aprovats el 16 d'abril de 2014 (que van entrar en vigor el 3 de gener de 2018).

En aquesta matèria la jurisprudència ha fixat criteris importants. Així, si no s'han fet els tests, hi ha una infracció administrativa sancionable amb multes, però no estava clar quines conseqüències podria tenir això en l'àmbit civil. Doncs bé, la STS, de 20 de gener de 2014 ha determinat que en aquests casos "l'absència del test no determina per si mateix l'existència de l'error vici, però sí que permet presumir-lo", i també fa presumir l'excusabilitat de l'error. De manera que el Tribunal presumeix que hi ha hagut un error en el contractant, perquè no se l'ha 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, de 18 d'abril de 2013, número 243/2013, de 20 de febrer de 2014, o de 28 de setembre de 2018); en canvi, si no tenien aquests coneixements, s'ha optat per considerar que hi va haver error en la contractació (STS 18.04.2013 –número 244/2013–; totes dues STS, de 18 d'abril de 2013 –número 244/2013–, de 22 d'octubre de 2015, o de 30 d'octubre de 2015, entre moltes d'altres). En la STS de 17 d'abril de 2018 s'ha declarat que la clàusula predisposada pel banc i signada pel client, segons la qual aquest ha estat informat que l'operació no és convenient per a ell i ha decidit contractar per la seva pròpia iniciativa, no exclou la possibilitat d'error.

### **3.7. Contractes de crèdit immobiliari**

La Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari, transposa la Directiva 2014/17/UE i regula una sèrie d'aspectes dels contractes de préstec o crèdit garantits amb hipoteca o una altra garantia real. Aquesta llei no regula el dret d'"hipoteca" en si, que continua regulat per la Llei hipotecària (també pendent d'una possible revisió), sinó els contractes garantits amb hipoteca, els contractes de préstec hipotecari com a tals préstecs o crèdits. La norma no neix tant com una defensa del prestador (a la manera de la Llei de crèdit al consum), sinó com la instauració d'un sistema de comportament responsable en la concessió de crèdits hipotecaris. La Directiva que es transposa enuncia com a principal motiu del règim que s'estableix que el comportament irresponsable dels participants en el mercat (entitats de crèdit, intermediaris de crèdit, etc.) pot soscar els fonaments del sistema financer



i tenir greus conseqüències socials i econòmiques. Si bé, després s'afegeixen raons de protecció dels consumidors i també del dret a l'habitatge com a dret fonamental comunitari.

Tot i que la norma comunitària cényeix el seu àmbit de protecció als consumidors, la Llei espanyola amplia aquest àmbit (quelcom que permet la Directiva) a totes les persones físiques (siguin consumidores, empresàries, professionals, etc.) que adquireixin un bé immoble, construït o per construir, i garanteixin el pagament amb hipoteca o una altra garantia real. En alguns aspectes recorda a la normativa de crèdit al consum exposada en l'apartat 3.2 (normativa de crèdit al consum que no regeix per als préstecs hipotecaris, art. 3.a LCC).

D'entre els molts aspectes regulats destacarem aquells que considerem fonamentals. La norma estableix l'obligació de proporcionar al client una informació precontractual estàndard molt completa i, a més, una informació precontractual específica i personalitzada segons les necessitats, la situació financera i les preferències del client que es presenti com a possible prestatari (arts. 6, 9 i 10). Aquesta informació s'ha de lliurar amb una antelació mínima de deu dies naturals respecte del moment de la signatura del contracte (art. 14). A més, obliga al notari que elevarà a escriptura el préstec que, amb caràcter previ a l'atorgament de l'escriptura (almenys, un dia abans), que faci constar en una acta que: ha comprovat que s'han complert els terminis de posada a disposició de la informació precontractual, ha assessorat el prestatari en les qüestions que aquest li ha plantejat i l'ha informat que ha prestat assessorament relatiu a les clàusules específiques recollides en la informació precontractual, de manera individualitzada i amb referència expressa a cadascuna, sense que sigui suficient una afirmació genèrica. Igualment, i en presència del notari, el prestatari ha de respondre un test que tindrà per objecte concretar la documentació lliurada i la informació subministrada (vegeu art. 15). Amb tot això la norma intenta assegurar que el prestatari coneix i comprèn les clàusules del contracte que celebrarà.

Altres novetats de la regulació són: el dret a convertir préstecs que estiguin denominats en moneda estrangera a una moneda alternativa, amb una sèrie de requisits (art. 20); el règim dels interessos variables (art. 21); el dret al reemborsament anticipat del préstec, amb una sèrie de límits quantitius a la indemnització que es pugui generar a favor de l'entitat prestadora (art. 23); els requisits per a poder declarar el venciment anticipat del préstec (art. 24, no basant-se en l'impagament de més o menys terminis, sinó en què l'impagament suposi una part rellevant de la quantia total deguda); o la limitació del tipus d'interès de demora en determinats supòsits (art. 25, l'interès remuneratori més tres punts percentuals). A més, la nova norma estableix el règim jurídic dels intermediaris de crèdit immobiliari, els seus representants designats i els prestadors immobiliaris (arts. 26 a 43), i el règim sancionador (arts. 44 a 49).

## 4. Contractes de serveis

### 4.1. El contracte de serveis

Amb caràcter general, els contractes de serveis són aquells en què *la prestació d'una de les parts és un fer (facere)*, fer que pot consistir en una simple activitat física (com transportar un bé o construir un edifici) o bé en una actuació amb rellevància jurídica (com ara buscar clients i fins i tot contractar-hi, per compte del principal). El dret comunitari ja promulgat segueix aquesta consideració dels serveis com una categoria general i rellevant del dret, ja que la Directiva 2006/123/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, regula els serveis en el mercat interior. Certament és una norma que es refereix als aspectes de l'exercici de la llibertat d'establiment dels prestadors de serveis, a la lliure circulació dels serveis i al nivell elevat de qualitat en els serveis (art. 1.1). No tracta, per tant, almenys directament, dels aspectes juridicoprivats de la relació negocial de serveis, perquè no hi ha competència per a això de la Unió. Així i tot, sí que hi ha indirectament regles en les matèries que tenen incidència en el vessant negocial, com l'obligació d'informació i també la de perícia per a l'obtenció del resultat. Per *servei* la Directiva hi entén "qualsevol activitat econòmica per compte propi, prestada normalment a canvi d'una remuneració, prevista en l'article 50 del Tractat". Es tracta d'un concepte potser massa genèric, però en aquesta genericitat possiblement hi hagi el seu encert més gran. El *centre*, allò que defineix el servei, és la realització d'una activitat personal, una actuació personal. La Directiva ha estat transposada al dret espanyol mitjançant la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici; aquesta norma va ser prevista per la Llei 25/2009, de 22 de desembre, de lliure prestació de serveis, de modificació de diverses lleis per a adaptar-les a la Llei sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici.

#### Marc Comú de Referència

En el dret comunitari projectat els serveis també constitueixen una categoria negocial bàsica, que té com a centre l'acompliment d'una activitat del subjecte obligat, en contraposició amb l'objecte real, centrat en l'adquisició de la propietat o de l'ús d'un bé, dels contractes de compravenda o arrendament. Per això les regles fonamentals de la regulació general proposada en el Marc Comú de Referència (Common Frame of Reference) se centren a caracteritzar com ha de ser aquesta actuació: informació precontractual, perícia i cura, obtenció d'un resultat i seguiment de les ordres del client. Després, el contingut concret d'aquesta conducta, la finalitat econòmica i social perseguida per qui actua, pot ser molt diversa: construcció d'un bé (*construction*), emmagatzematge de béns o drets (*storage*), assessorament (*advice*), transport, assegurances, etc.

En dret contractual espanyol no hi ha la categoria dels contractes de serveis. Sí que hi ha una categoria similar en el nostre Codi civil, la de l'arrendament de serveis, però es diferencia bastant de la categoria de què tractem ara, per dues raons (entre d'altres). En primer lloc, perquè el nostre Codi contraposa

*arrendament de serveis* amb *arrendament d'obra*, i entén que la diferència està en el fet que l'un constitueix una prestació de mitjans i l'altre una de resultat. En segon lloc, la regulació (si és que se'n pot dir així) de l'arrendament de serveis en el Codi civil és mínima: no hi ha normes generals, i sols es dicten regles per al treball dels assalariats (art. 1583 a 1587 CC). El nostre ordenament no preveu els serveis com una categoria general, independent i central del dret de contractes. Des de fa un temps la doctrina espanyola es planteja les carències d'aquesta regulació, i propugna la creació d'una categoria específica de contractes de serveis, amb un contingut i unes característiques en bona part paral·lels o semblants a la regulació de la proposta comunitària.

Ara com ara, l'única regulació legal específica del contracte de "serveis" és la que contenen els articles 1583 a 1587 del CC, que es refereixen al "servei de criats i treballadors assalariats", i els exemplifica amb els "criats, menestrals, artesans i altres treballadors assalariats" (art. 1587 CC). Aquesta regulació és clarament obsoleta, i a més avui dia és desplaçada en la majoria de supòsits per tot el dret laboral, que s'aplica a totes les persones que presten serveis per compte d'altri i sota el seu poder de direcció (vegeu els art. 1 i següents ET).

Els únics serveis que estan sotmesos a la regulació civil (no a la laboral) són els dels *professionals liberals*, que presten serveis molt diversos per als seus clients (advocats, arquitectes, metges, etc.). Per a aquests serveis el que es disposa en el Codi civil és completament inútil, i són aplicables altres normes específiques o les normes deontològiques pròpies de la seva professió.

Així, per exemple, per a la prestació de serveis mèdics hi ha una regulació parcial en la Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica. La falta d'informació, o de consentiment, origina la responsabilitat del proveïdor de tractament, amb independència que aquest tractament fos absolutament necessari, o hagi tingut realment efectes beneficiosos per a la salut del client.

En la jurisprudència espanyola hi ha molts supòsits en què s'estudia la infracció d'aquest deure d'informació, independentment de la diligència exigible en el tractament mèdic.

Per a la STS de 10 de maig de 2006, que és citada per moltes altres, "la jurisprudència d'aquesta sala ha posat en relleu la importància de complir aquest deure d'informació del pacient quan integra una de les obligacions assumides pels metges, i és requisit previ a tot consentiment, de manera que constitueix un pressupòsit i un element essencial de la *lex artis* per a dur a terme l'activitat mèdica (STS de 2 d'octubre de 1997, 29 de maig de 2005 i 23 de juliol de 2003, 21 de desembre de 2005, entre d'altres). Com a tal, forma part de tota actuació assistencial i està inclòs dins de l'obligació de mitjans assumida pel metge (STS de 25 d'abril de 1994, 2 d'octubre de 1997 i 24 de maig de 1999). Es tracta que el pacient participi en la presa de decisions que afecten la seva salut i que mitjançant la informació que se li proporciona pugui ponderar la possibilitat de sostreure's a una determinada intervenció quirúrgica, de contrastar el pronòstic amb altres facultatius i de posar-la si escau a càrrec d'un centre o d'especialistes diferents dels que l'informen de les circumstàncies que hi estan relacionades".

#### Exemple

En la STS de 30 de juny de 2009, per exemple, es va condemnar el metge que no va informar d'una possible complicació que es produïa en un 3,5% dels casos.

En aquests contractes de serveis el prestador del servei es compromet a *actuar segons la lex artis de la seva professió*, això és, els coneixements tècnics adequats corresponents a un bon professional del sector. En general la prestació és "de mitjans", en el sentit que no es garanteix l'obtenció d'un resultat, sinó que el

prestador ha de posar tots els mitjans possibles per a aconseguir-lo. Això és així perquè, normalment, l'obtenció del resultat no depèn només de la perícia del professional, sinó d'altres circumstàncies que hi són alienes (l'evolució i l'estat de la malaltia del pacient, la formació del jutge que decideix el plet, etc.). De totes maneres la diferència entre *prestacions de mitjans* i *prestacions de resultat* és molt difusa en moltes ocasions, de manera que és en cada cas concret en què s'ha d'apreciar si realment el professional va complir correctament la *lex artis* del seu sector.

A part d'aquests supòsits, actualment també tenen rellevància els contractes de prestació de serveis especialitzats fets per empreses externes a la que necessita aquest servei. Com una mostra més de la complexitat que comporta tota empresa quan assoleix un cert volum, a la pràctica és molt comú que certs aspectes concrets i accessoris necessaris per a l'exercici correcte de l'activitat s'encarreguin a empresaris externs a l'empresa, en comptes de contractar com a treballadors laborals persones que facin aquesta feina. Així, doncs, en comptes de fer aquesta feina la mateixa empresa mitjançant treballadors propis, l'externalitza o encarrega a empresaris externs que es dediquen professionalment a això. Aquests contractes, anomenats *de subcontractació* (*outsourcing*, en la terminologia anglosaxona), normalment són de prestació de serveis, regits per les regles de l'arrendament de serveis del Codi civil. No es tracta de comissions o mandats, ja que el que s'encarrega és l'acompliment d'un acte material i no d'un acte amb rellevància jurídica.

Exemples de la subcontractació són encarregar les feines de vigilància de l'empresa a una empresa de seguretat, la gestió del menjador dels treballadors a una empresa de restauració, la neteja a una empresa d'aquest tipus, o la col·locació, el manteniment i l'ensenyament de l'ús dels programes informàtics a una empresa d'informàtica. L'empresari es pot centrar així només en la seva feina de producció específica, sense dedicar esforços ni personal a les feines accessòries.

## 4.2. El contracte d'obra

En el contracte d'obra, o arrendament d'obra, una de les parts (arrendatari) s'obliga a *executar una obra per preu cert*. El paradigma d'aquests contractes és el de construcció d'un edifici, i el Codi civil inclou aquí tant el supòsit en què el constructor aporta ell mateix els materials (que, en realitat, s'assembla més a una compravenda d'un edifici) com quan els aporta l'amo de l'obra (vegeu els art. 1588 a 1590 CC). Quan l'obra s'encarrega per un preu a tant alçat, el constructor (normalment anomenat *contractista*) no pot demanar augment de preu encara que s'hagi augmentat el dels jornals o els materials durant el desenvolupament del contracte; ho pot fer, però, quan s'hagi fet algun canvi en el plànol que produeixi augment d'obra, si el propietari el va autoritzar (art. 1593 CC).

### Prestació mixta

A vegades no es pacta un contracte d'obra típic, sinó que les parts acorden una prestació mixta, en la qual es combina el lliurament i també la personalització prèvia d'un bé. Així, en l'àmbit dels programes informàtics, és molt comú que el titular dels drets de propietat intel·lectual del programa estàndard concedeixi una llicència sobre aquest programa,

però a més es compromet a personalitzar-lo i adequar-lo a les necessitats de l'empresa del client. En aquests casos fins i tot se solen pactar contractes del tipus "clau en el pany", de manera que l'empresa informàtica es compromet a instal·lar el programa personalitzat en els equips del client i a instruir el personal a manejar-lo. També s'hi afegixen sovint contractes de serveis, com els de manteniment de material, assistència tècnica o instal·lació de les millores de programa que vagi implementant l'empresa informàtica. La prestació d'obra sol ser molt rellevant, perquè es posa l'accent a obtenir un resultat concret, això és, el tractament informàtic de totes les dades de l'empresa, i poder fer diverses operacions de manera automatitzada.

Sovint el contractista *subcontracta* aspectes concrets de l'execució de l'obra, i en aquests casos el subcontractista té acció directa contra l'amo de l'obra fins a la quantitat que l'amo degui al contractista (art. 1597 CC). Aquesta norma s'aplica en moltes ocasions a la pràctica, i com s'aprecia només té virtualitat si qui encarrega l'obra encara no ha pagat del tot el constructor, i fins al límit d'aquest pagament que falta. Quan el constructor és declarat en concurs, no era clar si l'acció del subcontractista es podia exercir o no (ja que l'exercici perjudica la resta de creditors del concursat, que no podrien fer servir per al cobrament comú tot el que l'amo de l'obra devia al constructor concursat), i la jurisprudència mercantil era molt vacil·lant davant d'aquesta qüestió. Avui dia, l'article 51 bis 2 de la LC, introduït en la reforma feta per la Llei 38/2011, estableix que queden en suspens els procediments exercits pel subcontractista abans de declarar-se el concurs. El subcontractista concorre com un creditor més, amb la resta, per intentar cobrar el crèdit. Si inicia una acció de reclamació una vegada declarat el concurs, aprofitant que normalment el jutge de primera instància davant del qual presenti la demanda no sabrà que el constructor està declarat en concurs –i que, per tant, la reclamació ja és de competència del jutge mercantil del concurs (art. 8.1 i 9.1 LC)–, el jutge de primera instància no ha d'admetre la demanda i, si ho fa, ha d'arxivar després totes les actuacions (art. 50.3 LC).

La principal litigiositat d'aquest contracte es planteja en els contractes de construcció d'edificis. En aquest àmbit, per a les construccions en què la llicència administrativa és anterior al 6 de maig de 2000 s'aplica l'article 1591 del CC, que estableix una responsabilitat decennal per als *vici estructurals*. La jurisprudència de fet va estendre aquest règim no solament als problemes d'estructura que facin témer la pèrdua de l'immoble o el facin inútil per a la finalitat que li és pròpia, sinó als que, pel fet d'excedir les imperfeccions corrents, configuren una violació del contracte o incideixin en l'habitabilitat de l'edifici (en la major part de les reclamacions s'inclouen tots els defectes de l'edifici, tant si són estructurals com d'habitabilitat i fins i tot de simple acabat, si concorren amb els anteriors, i si tots plegats en conjunt comporten un defecte rellevant). El més destacat és que, a més, es considerava que l'existència de defectes o de problemes d'habitabilitat invertia la càrrega de la prova, de manera que eren els demandats els qui havien de demostrar que no havia estat culpa seva; no es tractava d'una responsabilitat objectiva, però la falta de culpa l'havia d'acreditar el demandat. Finalment, si bé la responsabilitat dels diversos intervinents en la construcció és individual, de manera que cadascun ha de respondre dels defectes derivats de la seva actuació (disseny arquitectònic, direcció tècnica de l'obra, execució material de l'obra, etc.), quan no és factible de-

terminar clarament a qui és imputable el defecte, s'imposa la responsabilitat solidària. El promotor responia en tot cas, pel fet de ser el responsable final de l'operació. Aquestes eren les principals conclusions de la jurisprudència sobre la matèria, que en bona part es van assumir legalment en la Llei d'ordenació de l'edificació (LOE). Finalment, el termini de deu anys no és un termini de prescripció, sinó de garantia, de manera que, exterioritzat un defecte en aquest interval, el perjudicat disposava de quinze anys per a fer la reclamació. La responsabilitat decennal no exclouia, òbviament, la responsabilitat contractual del venedor de l'immoble (el promotor responia, així, per la via contractual i també per l'art. 1591 CC).

Per a les construccions en què la llicència és posterior a la data referida abans, la LOE estableix un sistema que *diferencia el termini de garantia segons el tipus de defectes*: es respon dels defectes que afecten l'estructura si s'exterioritzen en un termini de deu anys; dels defectes d'habitabilitat si apareixen en un termini de tres anys; i dels defectes d'acabat exterioritzats en un any des del lliurament. A més, sols s'indemnitzen els danys materials causats a l'edifici pels vicis esmentats (no, per exemple, danys personals als usuaris, ni dany moral). D'altra banda, el règim de legitimació activa es manté semblant al del Codi civil (responsabilitat sempre del promotor i individual dels altres, però solidària si no s'acredita a qui és imputable el vici), i també el criteri de responsabilitat per culpa i d'inversió de la càrrega de la prova.

### **Estratègia processal**

La demanda dirigida solidàriament contra tots els intervinents en la construcció no és sempre l'estratègia processal més adequada. Si es demanda, per exemple, l'arquitecte, i després s'acredita que no hi ha defectes en el disseny de la construcció, és desestimada la demanda, i normalment les costes s'han d'imposar al demandant –tret que el tribunal aprecii que hi havia dubtes de fet o de dret (art. 394 LEC). Per això és important per al perjudicat disposar d'un informe tècnic solvent que indiqui quins defectes hi ha i a qui són imputables, per a saber contra qui s'ha d'intentar una acció. Per descomptat, si per exemple s'ha demandat només el promotor, i resulta condemnat, podrà repetir contra les persones que siguin responsables tècniques dels defectes pels quals aquest promotor ha indemnitzat.

### 4.3. El contracte de transport

El contracte de transport s'ha assimilat, tradicionalment, a un arrendament d'obra, perquè el portador es compromet a aconseguir un resultat, que és situar la mercaderia o el viatger en el lloc pactat. En qualsevol cas, la regulació específica del transport exigeix de fer més consideracions sobre el règim del contracte tipus bàsic. Cada tipus de transport (terrestre, marítim, aeri) té una regulació especial a què cal acudir si es planteja algun problema. El que es pot plantejar més normalment davant d'un advocat no especialitzat és el de *mercaderies per carretera*, i per això hi farem una referència especial. Aquest transport és regulat per la Llei de transport terrestre de mercaderies (LTTM), en l'aspecte jurídic i privat, i per la Llei d'ordenació del transport terrestre (LOTT), en els aspectes administratius (autorització del transport, règim de les empreses auxiliars del transport, infraccions administratives, etc.). Dins de l'àmbit contractual privat també és rellevant l'Ordre FOM/1882/2012, d'1 agost, per la qual s'aproven les condicions generals de contractació dels transports de mercaderies per carretera, aplicable a falta de pacte entre les parts (però que determinen que si el contracte de transport és d'adhesió, només es podran modificar les condicions quan les que s'estableixin resultin més beneficioses per a l'adherent).

El règim del contracte és exigent sobretot amb el portador, raó per la qual, entre d'altres, limita la seva responsabilitat. Com a regla general, i no solament en el transport terrestre de mercaderies, el *portador respon* dels danys causats a les mercaderies o dels retards, tret que acrediti que són deguts a casos fortuïts o de força major, a vici propi de la cosa o a culpa del carregador (vegeu els art. 47 i 48 LCTTM). Per tant, encara que –per dir-ho d'alguna manera– només respon pels seus actes culposos, la inversió de la càrrega de la prova –ell respon, tret que demostrï que hi va haver cas fortuït– fa que la seva posició sigui més dèbil.

En contraposició, i potser per a compensar una responsabilitat tan exigent, tradicionalment *la responsabilitat del portador (terrestre, marítim o aeri) ha estat limitada per les lleis a un tant alçat*. Si bé es respon de l'import material dels danys causats a la mercaderia, o del perjudici que causi el retard, aquesta indemnització es limita, en el cas d'avaries, a un terç de l'IPREM per dia per cada quilogram de pes brut de mercaderia perduda o avariada, i en el cas de retard, a l'import del preu del transport (art. 57 LCTTM). Si l'import del dany és inferior a aquests límits, s'ha de pagar l'import esmentat, però si és superior, s'ha de satisfer només el límit. Aquests límits no operen en el cas d'actuació dolosa o amb una infracció conscient i voluntària del deure jurídic assumit que produeixi danys que, sense ser directament volguts, siguin conseqüència necessària de l'acció (art. 62 LCTTM). Vegeu una aplicació d'aquesta regla a les STS, de 9 de juliol de 2015, –manejament poc curós de mercaderia embalada en caixes en què hi havia el símbol internacional de "mercaderia fràgil"– i, de 10 de juliol de 2015, –que no limita la responsabilitat pel robatori al portador que havia estacionat en un lloc perillós, accessible i no vigilat, amb protecció escassa de la mercaderia, en un remolc cobert per una lona i manca de vigi-

#### El transport aeri

En el transport aeri són freqüents les resolucions judicials que declaren "abusives" certes clàusules de transport de viatgers. La STS de 13 de novembre de 2018 confirma la nul·litat, per abusives, de diverses clàusules que una companyia utilitzava en els seus contractes de transport aeri de viatgers, com la que atorgava a la companyia aèria la facultat de fer determinades modificacions en les condicions del contracte firmat amb el consumidor "en cas de necessitat" (expressió excessivament genèrica que pot incloure supòsits que excedeixen les "circumstàncies extraordinàries" que exclouen la responsabilitat del transportista aeri en la interpretació que n'ha fet el TJUE).

lància per part del conductor–). El carregador que vulgui obtenir una indemnització que realment cobreixi tot el dany ha de contractar una assegurança addicional que faci aquesta cobertura. Noteu que avui dia el límit el posa la norma legal privada (a diferència d'altres períodes, en què el límit figurava en un reglament i després en una llei “administrativa”), de manera que resulta d'estricta aplicació.

Pel que es refereix al conflicte judicial en aquesta matèria, cal recordar que la competència per conèixer dels litigis derivats del contracte de transport és dels jutges mercantils (art. 86 ter 2.b LOPJ). Hi ha, però, a més, les *juntes arbitral*s del transport terrestre, regulades per la LOTT (art. 38) i desplegades pel ROTT (art. 6 a 12), que, al costat del compliment d'altres funcions, es van crear per a resoldre, amb els efectes que preveu la legislació general d'arbitratge, les controvèrsies de caràcter mercantil sorgides en relació amb el compliment dels contractes de transport terrestre, quan, de comú acord, siguin sotmeses a coneixement per les parts intervinents o altres persones que tinguin un interès legítim que es compleixin. Es presumeix que hi ha el referit acord de submissió a l'arbitratge de les juntes sempre que la quantia de la controvèrsia no excedeixi els 15.000 euros i no hi hagi cap de les parts intervinents en el contracte que hagi manifestat expressament a l'altra la seva voluntat en contra abans del moment en què comenci o s'hauria d'haver començat l'acompliment del servei o de l'activitat contractat. Aquesta “presumpció” de voluntat resulta bastant objectable des d'un punt de vista constitucional, però de fet en virtut d'aquesta presumpció les juntes resolen els litigis d'escassa quantia d'una manera ràpida i barata (el seu funcionament no té cost per a les parts, que no necessiten ni advocat ni procurador per a intervenir en el procediment arbitral). Per descomptat, com tot tribunal arbitral les seves decisions són executives, i no hi pot haver un recurs contra el fons de la decisió (sí que hi pot haver el recurs d'anul·lació, però es refereix a aspectes formals de l'arbitratge).

### **Estratègia processal**

Suposem que s'ha enviat per missatgeria un material informàtic d'un valor de set mil euros i de poc pes, i que el material es perd per un accident que té lloc perquè el conductor de la camioneta en què es feia el transport es va adormir durant la conducció. Plantejada la reclamació davant del jutjat mercantil, el portador planteja incompetència de jurisdicció, al·legant que la competència és de les juntes arbitrals de transport, atès que l'import de la indemnització, calculat amb el límit de l'article 57 de la LCITM, no supera els 15.000 euros. Determineu què hauríeu d'al·legar davant d'aquests arguments, i l'estratègia processal que s'ha de seguir, i valoreu si resulta més adequat intentar la via judicial o acudir a la via arbitral. Plantegeu, a més, si el portador us hauria d'haver avisat que valia més assegurar l'enviament, després que advertís l'alt valor del material lliurat per a transportar-lo.

## **4.4. El contracte de dipòsit**

El contracte de dipòsit és aquell pel qual una persona guarda un bé d'una altra amb una estricta *finalitat de custòdia*. A aquesta prestació fonamental de custòdia es poden afegir altres prestacions de servei purament accessòries (per exemple, mantenir la mercaderia a una determinada temperatura), cosa que no desnaturalitza el contracte, que continuarà essent de dipòsit (STS de 19



d'abril de 1988 o 30 de juliol de 1991). Un cas diferent és el de contractes entre les prestacions dels quals hi ha la custòdia de béns, però en què la finalitat i la naturalesa jurídica són diferents (com la comissió, l'hostalatge, el transport), i en què les conseqüències, quant a l'incompliment, admeten matisacions respecte del deure que correspon al mer dipositari (STS de 10 de juny de 1987).

Així, per exemple, no és dipòsit contractar l'estada portuària d'un vaixell, juntament amb la reparació, els càrrecs portuaris, etc. (STS de 19 de desembre de 1998 o 20 de febrer de 1999).

La finalitat fonamental del dipòsit és la custòdia o la guarda del bé. Precisament per això, quan a aquesta finalitat *s'uneix la possibilitat d'ús per part del dipositari* no hi ha un vertader dipòsit, perquè a la custòdia *s'uneix una funció d'ús per part del dipositari*. De fet, tots dos codis estableixen que en aquests casos no s'apliquen les regles del dipòsit sinó les del préstec o les del contracte de què es tracti (art. 1768 CC i 309 CCom).

L'exemple més comú de dipòsit irregular és el dipòsit de diners en les entitats de crèdit, que n'esdevenen les propietàries i que els destinen a la seva activitat d'inversió, i es comprometen davant del client a retornar altre tant de la mateixa espècie i qualitat. En aquests supòsits les STS de 7 de març de 1974 i 4 de desembre de 1975 van considerar que, com que no es tractava realment de dipòsits, no operava la prohibició de compensació que estableix l'article 1200.1 del CC, i l'entitat podia pactar la compensació dels saldos amb altres operacions del client.

L'obligació fonamental del dipositari és la de *custòdia del bé*, cosa que implica guardar-lo en les condicions que resultin més adequades. Així, per exemple, n'ha de respondre si ha deixat el bé exposat a les condicions meteorològiques, i es va fer malbé per la pluja (STS de 26 maig de 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 aquesta circumstància (STS de 30 de juliol de 1991 o 15 de març de 1995, entre moltes altres). La jurisprudència també ha conclòs en aquesta matèria l'existència d'una inversió de la càrrega de la prova, de manera que en supòsits de pèrdua el dipositari n'ha de respondre tret que acrediti que la desaparició va ser per causes alienes a la seva voluntat (STS de 24 de juliol de 2003).

Finalment, assenyalarem com a supòsit especial el *dipòsit en magatzems generals de dipòsit*, que són entitats dedicades professionalment a la custòdia de béns no peribles. El que és característic d'aquests dipòsits és que els magatzems lliuren al deponent una sèrie de documents transmissibles, de manera que fins i tot estant dipositat el bé pugui ser transmès (o fins donat en peça, mitjançant la transmissió del títol anomenat *warrant*) a persones diferents sense necessitat de transmissió física del bé (són, per tant, títols valor de tradició).

#### **4.5. El contracte d'aparcament**

Encara que la norma no el configura ni l'anomena com a dipòsit, s'ha d'assenyalar que la Llei 40/2002, de 14 de novembre, regula el contracte d'aparcament de vehicles, que fins ara no tenia regulació. Afecta els contractes d'estacionament no gratuïts, excloent-ne, entre d'altres, els que es facin

a la via pública (encara que es pagui per això). Quan l'usuari és un consumidor i s'actua amb estipulacions no negociades individualment, el preu en els aparcaments sense reserva de plaça no es pot arrodonir a l'alça en el temps consumit (art. 87.5 LGDCU, introduït per la Llei 44/2006, que prohibeix així tarifar per fraccions d'hora), la qual cosa fa que, amb caràcter general, els aparcaments apliquin aquesta forma de determinació del preu a tots els usuaris.

Aquesta norma imposa a l'empresari de l'estacionament, entre moltes altres obligacions, que *respongui de la custòdia del vehicle i dels accessoris que hi estan units de manera inseparable*. L'acord contrari (que sovint constava en el document que expedeix automàticament la màquina d'entrada) segons el qual no es respon de la sostracció resulta així invàlid, perquè s'oposa a norma imperativa. Per tant, la Llei confereix al contracte un caràcter de custòdia del vehicle i dels elements que hi estan units de manera inseparable, cosa que la jurisprudència ja considerava substancial a aquest tipus de contractes quan encara no hi havia regulació positiva d'aquests contractes (vegeu sobretot la STS de 22 d'octubre de 1996).

## **5. Contractes de col·laboració: intermediació i distribució**

### **5.1. Els contractes de col·laboració: plantejament general**

Dins dels contractes de serveis ocupen un lloc rellevant els contractes de col·laboració, en els quals el *facere* a què s'obliga una part consisteix a col·laborar amb el principal per a aconseguir, d'una manera directa o indirecta, un augment de la seva clientela (o, si es vol, de les comandes dels seus productes). Alhora, en els contractes d'intermediació el col·laborador contracta o promou els contractes per compte del principal, de manera que és un intermediari en el contracte entre principal i tercer. En els contractes de distribució, en canvi, el col·laborador és un empresari independent que, tot i això, comercialitza productes o serveis ja introduïts en el mercat pel principal i els seus col·laboradors. En aquest sentit és un intermediari econòmic (perquè aconsegueix que el client adquireixi els productes del principal), però no un intermediari jurídic (perquè el distribuïdor compra ell el bé, o produeix el servei, i per tant actua per compte propi, si bé contribueix a fer més gran la difusió o l'èxit de la marca o del servei que ofereix).

### **5.2. Els contractes d'intermediació**

#### **5.2.1. Diferències fonamentals entre mandat o comissió, corretatge i agència. Contractes d'intermediació i relació laboral**

En la feina d'intermediació l'intermediari gestiona l'interès del seu principal, buscant ampliar el nombre dels seus clients o el volum de les comandes. En aquesta feina l'intermediari pot tenir dos tipus de conductes completament diferents:

- a) Pot contractar ell amb el tercer, sia 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, dit d'una altra manera, en interès) del principal.
- b) Es pot limitar a buscar persones que estan disposades a contractar amb el principal, en les condicions fixades de bon principi per aquest principal, i una vegada oposades, *posar en contacte* tercer i principal perquè negociïn i, si escau, arribin a l'acord. Aquesta manera d'operar serà més adequada si al princi-

pal l'interessa un tercer amb certes característiques personals específiques (per exemple, quan vol llogar el pis, contractar un treballador o trobar una parella sentimental), ja que llavors el vol conèixer personalment abans de contractar.

Quan el principal vol contractar un intermediari perquè faci una operació del primer tipus, fa un contracte de mandat o de comissió mercantil, en el qual el mandatari o comissionista contracta amb el tercer. Aquest contracte es regeix pels codis civil o de comerç, i la regulació de tots dos cossos legals és molt semblant. Si, en canvi, el principal vol que simplement l'intermediari promogui un contracte buscant tercers, i posant-los en contacte amb aquell, el contracte serà de corretatge, que és una modalitat molt practicada però que no té regulació legal. Finalment, si el principal necessita intermediaris que no facin una única operació del tipus referit abans, sinó que s'ocupin de manera estable de concertar contractes o de promoure'ls –per exemple, el comercial que ven cotxes (tots els cotxes que pugui) d'una determinada marca; l'agència immobiliària a què s'encarrega la venda d'uns quants blocs de pisos; el comercial de banca que intenta vendre el màxim nombre possible de productes financers), el contracte serà *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 dilatada en el temps i més intensa.

Quan l'intermediari contracta amb tercers ho pot fer de dues maneres: actuant en nom propi o en nom aliè. Els dos codis admeten les dues modalitats. Si el gestor actua en nom propi queda obligat com a contrapart amb el tercer, i no hi ha relació jurídica directa entre el principal i el tercer; si, en canvi, 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 allò que es va formalitzar va ser una compravenda i ell era intermediari per compte del venedor).

Lògicament, cada modalitat és més adequada per a certs tipus de contractes. Per exemple, qui vulgui comprar una casa s'estimarà més que l'intermediari actuï en nom aliè, per a rebre així directament la propietat del tercer, i poder-li reclamar possibles vicis.

En el mandat o comissió, l'intermediari pot actuar en nom propi o en nom aliè. Cal atènyer-se als termes del contracte per a establir com va operar. Per a actuar en nom aliè (en nom del principal) necessita un poder o una autorització del principal, que és el que permet que l'actuació del gestor operi efectes directament en l'esfera patrimonial del principal (que l'obligui a pagar, a rebre, a respondre, etc.). En el corretatge l'intermediari no actua en nom propi ni aliè, perquè no contracta amb el tercer, sinó que només posa en contacte les parts. Finalment, en l'agència la Llei estableix que l'agent ha d'actuar sempre en nom del principal –art. 1 LCAg (un gestor continu que formalitzi contractes per compte del principal i en nom propi no podria ser qualificat d'*agent* ni estaria sotmès a la regulació d'aquesta llei).

Finalment, aquests contractes d'intermediació es diferencien de la relació laboral que hi pot haver entre un empresari i els treballadors que va contractar com a comercials, com a captadors de clients. Si el gestor és un empresari independent, amb la seva pròpia organització (mitjans materials, local i treballadors propis, etc.), el que correspon 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, d'organització, d'ús de mitjans materials, etc.), correspon contractar-lo com a treballador (és una relació laboral especial regulada en el RD 1438/1985). Aquest tipus de consideracions sobre la llibertat més gran o més petita de l'intermediari per a organitzar el seu temps i els seus materials és l'emprat per la jurisprudència per a determinar quin ha de ser el contracte formalitzat.

### **Estratègia processal**

En efecte, es podria donar el frau de contractar un comercial laboral qualificant nominalment el contracte *d'agència*, per així no haver de cotitzar a la Seguretat Social ni haver 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 després que hi ha hagut un frau en la contractació i que li han de ser aplicades les conseqüències laborals de la seva relació. Aquest tipus de reclamacions és molt comú en les relacions d'intermediació –vegeu les STS de 2 de juliol de 1996 o 21 d'octubre de 1996, de la sala social, o 16 d'abril de 2007, de la sala civil, i les 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.

En relació amb el que hem apuntat en el paràgraf anterior, *no s'ha d'atendre el nom donat formalment al contracte* formalitzat entre les parts, ni la denominació de l'intermediari, sinó el contingut material que té, per a determinar davant de quina relació contractual ens trobem. Un contracte pactat formalment com a agència mercantil pot encobrir una relació laboral especial de representant de comerç, o un contracte de franquícia (vegeu l'epígraf següent), i una agència immobiliària pot ser contractada com a comissionista, corredor o agent. D'altra banda, externament sovint no hi ha elements per a poder destriar si el comercial d'una empresa que acudeix a un possible client perquè adquireixi productes és un comissionista, un agent mercantil o un treballador laboral del principal.

### **5.2.2. La indemnització per clientela en el contracte d'agència**

Dins dels contractes d'intermediació, la regla legal que possiblement planteja més litigis és la referent a la *indemnització per clientela* en el moment d'extinció del contracte d'agència. La durada i estabilitat de la relació, que sovint és a més en exclusiva, justifica que en acabar el contracte es confereixi a l'agent una indemnització afegida a les comissions meritades. Els aspectes més aviat teòrics, com la naturalesa jurídica o la justificació, no resulten ara gaire rellevants a aquest efecte. La indemnització és procedent tant si el contracte es va pactar per temps determinat com indefinit.

### Supòsits en què no hi ha dret a la indemnització

No hi ha aquest dret només en tres supòsits: quan l'empresari ha extingit el contracte per causa d'incompliment de les obligacions de l'agent; quan l'agent ha denunciat el contracte, tret que la denúncia tingui com a causa circumstàncies imputables a l'empresari, o es fundi en l'edat, la invalidesa o la malaltia de l'agent i no li pugui ser exigida raonablement la continuïtat de les seves activitats, i quan, amb el consentiment de l'empresari, l'agent hagi cedit a un tercer els drets i les obligacions de què era titular en virtut del contracte d'agència (art. 30 LCAG).

L'article 28 de LCAG estableix que:

“L'agent que hagi aportat nous clients a l'empresari o incrementat sensiblement les operacions amb la clientela preexistent té dret a una indemnització si la seva activitat anterior pot continuar produint avantatges substancials a l'empresari i és equitativament procedent per l'existència de pactes de limitació de competència, per les comissions que perdi o per les altres circumstàncies que hi concorrin.”

Com s'aprecia, hi ha diverses variables en què s'ha de tenir en compte la concurrència i la intensitat per a saber si escau indemnitzar o no, i en quina quantia. La jurisprudència ha entès que han de concórrer els tres grups de circumstàncies reflectits: increment del nombre de clients o del volum de comandes; que l'activitat pugui continuar produint avantatges; i que resulti equitativament procedent (STS de 2 de juny de 2009 o 4 de gener de 2010). Sobre l'agent recau la *càrrega de provar* la concurrència d'aquests requisits, si bé que l'activitat pugui continuar produint avantatges pot ser objecte d'un “pronòstic raonable” sobre quin serà el comportament probable d'aquesta clientela. La indemnització no és procedent, per tant, de manera automàtica.

Hi ha un *límit a aquesta indemnització*: la mitjana anual de les remuneracions dels últims cinc anys (o durant tot el període de durada del contracte, si és més curt) (art. 28.3 LCAG). La STS, de 3 de juny de 2015, ha assenyalat que el límit es basa en les remuneracions brutes, no pas en el benefici net de l'agent, l'IVA exclòs. És un límit màxim per als tribunals; les parts poden acordar una quantitat inferior, i també superior, però si no arriben a aquest acord i acudeixen als tribunals, els tribunals no poden concedir una indemnització més gran (STS de 8 d'octubre de 2010 o 10 de gener de 2011). No cal acordar de manera anticipada, en formalitzar el contracte, una indemnització que sigui inferior, ja que la regla és imperativa; la STS de 8 d'octubre de 2010 va considerar nul el pacte pel qual es fixava aquesta indemnització en un 20% de la remuneració anual, perquè això podia ser inferior –encara que també superior– a la que corresponia aplicant la regla legal. Dins d'aquest límit la quantia depèn de la durada del contracte, de l'increment real de clientela o de comandes, de l'existència de pactes de limitació de la competència postcontractual, etc.

### 5.2.3. Contractes de distribució

El fabricant d'un bé o el productor d'un servei poden acudir a diferents negocis per aconseguir que aquest bé o servei arribi a tots els mercats. Bàsicament, aquests negocis es classifiquen en tres grups:

a) Pot acudir a *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).

b) Pot actuar mitjançant *agents comercials*, sia *agents mercantils* –empresaris independents (art. 1 LCAG)–, sia *representants comercials subjectes a la relació laboral* especial regulada en el Reial decret 1438/1985. D'aquesta classe de relació n'hem tractat en l'epígraf anterior. Els agents actuen sota les ordres del principal, i gestionant l'interès d'aquest principal, i cobrant –en la majoria dels casos– una comissió sobre el preu de venda.

c) Pot formalitzar *contractes de concessió, franquícia o distribució selectiva*, mitjançant 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 d'actuació de la marca o del servei del concedent o franquiciador. En aquests casos, la llibertat del concessionari o franquiciat està limitada (per haver de seguir les formes de presentació del producte o servei), però continua existint (si no, l'acord resultaria del tot contrari al dret de competència, com direm després).

En aquest epígraf ens referim a aquesta última forma de contractació. Els tres grups de negocis donen lloc a la distribució (econòmica) dels béns o serveis, però jurídicament parlant l'especificitat correspon al tercer grup, atès que la resta són contractes típics ja regulats (compravenda o agència). Una part de la doctrina engloba tots aquests negocis com a contractes de distribució (fins i tot en el dret comunitari i en el dret espanyol projectats), mentre que l'altra ceneix la categoria només als darrers, com fem aquí. En qualsevol cas aquests contractes del tercer grup constitueixen figures intermèdies entre la compravenda (amb total llibertat del comprador o revenedor) i l'agència (amb subjecció de l'agent a les instruccions del principal).

Ens interessa destacar dos aspectes que són els que es plantegen més davant dels tribunals espanyols. D'una banda, hi ha els *límits imposats pel dret de la competència*. Els contractes de concessió i franquícia comporten un atac contra el principi de lliure competència, perquè, com que els concessionaris depenen 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 abril, sobre l'aplicació de l'article 101.3 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea a determinades categories d'acords verticals i pràctiques concertades (que substitueix el Reglament 2790/99, de 22 de desembre). 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'eximeixen de la prohibició perquè, encara que impliquen 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 els pot recomanar, o hi pot 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 acudeixen per la seva pròpia iniciativa (dels clients).

Al costat d'aquesta norma, més general, cal esmentar que hi ha el 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 també constitueix un reglament d'exempció que estableix quines clàusules estan permeses en aquest sector.

Aquests límits han estat aplicats sovint pels nostres tribunals. Així, per a fixar, en primer lloc, que si un *contracte ha estat qualificat per les parts com a agència per a escapar-se de l'aplicació del Reglament comunitari*, no per això hi deixarà d'estar sotmès (vegeu les STS de 15 de gener de 2010 i 13 de juny de 2011, totes dues referides a un contracte d'abanderament de gasolinera). L'agent està sotmès a les instruccions del principal, i no li resulta aplicable el Reglament comunitari esmentat, però sí a un concessionari o franquiciat, encara que formalment sigui qualificat en el contracte formalitzat com a *agent (agent no genuí*, en diu la jurisprudència). I un agent que es fa càrrec dels riscos del negoci (perquè adquireix els béns en ferm, o perquè assumeix el risc d'impagament del client final, etc.) no és un agent vertader, sinó un concessionari o franquiciat.

En segon lloc, per a determinar la nul·litat del contracte de concessió o franquícia que contingui alguna de les clàusules prohibides. Així, un contracte d'abanderament de gasolinera en el qual s'imposés, de fet o de dret, el preu de revenda al concessionari seria nul. A més, el Tribunal Suprem ha considerat nul tot el contracte, i no únicament la clàusula de fixació de preus.

### **Estratègia processal**

En aquest punt és molt rellevant el criteri de la STS de 15 de gener de 2010. Davant de la reclamació del concedent de la factura de l'últim subministrament de carburant, el concessionari demandat va al·legar la nul·litat del contracte de concessió, perquè de fet s'estava imposant el preu de revenda. El Tribunal Suprem en va declarar la nul·litat, però va considerar que això no eximia el concessionari del pagament, perquè s'havia beneficiat durant nou anys de l'abanderament d'una companyia capdavantera en el sector, i no va mostrar cap interès a adaptar el contracte al nou Reglament comunitari quan el concedent li ho va proposar. Per això la mala fe del concessionari en al·legar la nul·litat en aquest moment va fer que el Tribunal considerés correcte no eximir-lo del pagament. D'altra banda, la recent STS de 17 de juliol de 2018 ha declarat nul un complex entramat contractual d'abanderament de gasolinera per a superar el període temporal màxim permès en la legislació comunitària.

Un altre dels aspectes que genera més litigis és el relatiu a la *terminació dels contractes de distribució*. En el tràfic negocial, quan s'estipula la durada indefinida –o la possible falta de renovació al venciment quan es pacta la durada determinada–, la immensa majoria dels contractes de franquícia i de concessió incorporen la clàusula de desistiment lliure (*ad nutum*) que permet a les parts denunciar unilateralment el contracte en qualsevol temps. Admesa l'extinció de la relació contractual per virtut de la denúncia unilateral, un sector doctri-



nal majoritari defensa la *necessitat de tutelar el distribuïdor*, que és qui es fa càrrec de les conseqüències del cessament de l'activitat, a més dels riscos –durant la vigència del contracte– de l'exercici d'aquesta facultat per part del principal. Aquesta tutela s'ha volgut exercir des de dues perspectives. D'una banda, amb l'exigència de justa causa per a donar per acabada la relació contractual, havent d'indemnitzar en un altre cas el principal al distribuïdor pels danys i perjudicis que això li provoqui.

Aquesta tesi ha estat admesa pel Tribunal Suprem a propòsit de la concessió (entre d'altres, les STS de 26 d'abril de 2002 i 4 de juliol de 2006), exigint la prova que aquests danys hagin estat causats al distribuïdor (STS de 22 de juny de 1989 i 17 de juliol de 1999), en què es recorda que és doctrina reiterada que en els contractes de concessió pactats per temps indefinit “hi pot haver una resolució –*rectius*, extinció– unilateral, per una o altra de les parts contractants, cosa que dóna lloc a indemnització de danys i perjudicis, si es proven i si s'ha fet sense justa causa o amb abús de dret”. El Tribunal Suprem, però, ha negat aquest dret en alguna ocasió, perquè entén que la llarga durada del contracte impedeix parlar de perjudici (STS de 17 de desembre de 1973 i 27 de maig de 1993), o que el respecte per part del principal de la clàusula contractual que exigia preavis impedeix reclamar indemnització al distribuïdor (STS de 28 de juny de 1998). La necessitat de preavis, o notificació prèvia d'una part dirigida a l'altra a fi de comunicar-li la seva intenció de posar fi a la relació contractual, ha estat posada en relleu pel TS en diverses ocasions (entre d'altres, les STS de 17 de maig de 1999 i 28 de gener de 2002).

Des d'una altra perspectiva, la protecció del distribuïdor es duu a terme reconeixent-li el *dret a la compensació per clientela* quan la seva actuació durant la vigència del contracte hagi redundat en benefici de l'activitat del principal. Per descomptat no ens trobem davant d'un contracte d'agència, de manera que no seria aplicable la regulació de la LCAG. No obstant això, materialment es donen algunes de les raons que justifiquen que la Llei fixi una indemnització a l'agent: el distribuïdor pot haver incrementat la clientela o les comandes del concedent, els clients fidelitzats per aquell continuaran adquirint productes o serveis d'aquest, etc. La jurisprudència i la doctrina, per això, conclouen en la procedència d'una indemnització si s'ha incrementat la clientela, i acudeixen a vegades a una aplicació purament analògica dels criteris emprats per l'article 28 de LCAG (STS de 20 de desembre de 2005, de 15 de març de 2011, de 9 de juliol de 2015, de 16 de març de 2016, de 19 de maig de 2017 o de 19 de desembre de 2018, entre moltes altres).

### **Precisions**

De totes maneres, com que no hi ha una 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 indemnització (STS de 30 de desembre de 2010 o 25 d'abril de 2011), i el càlcul del màxim ja no es pot fer sobre les comissions de l'agent, sinó sobre el benefici obtingut pel distribuïdor –el benefici net, i no el marge comercial (STS de 20 de maig de 2009). D'altra banda, el termini de prescripció d'exigència d'aquesta indemnització no és el de l'any de la LCAG, sinó el general de quinze anys (STS de 16 de febrer de 2010). Finalment, també cal tenir en compte el mercat concret en què opera el distribuïdor, ja que, per exemple, en la distribució d'automòbils és possible que el client estigui més fidelitzat per la marca mateixa que per la feina del distribuïdor (STS de 12 de juny de 1999 o 4 de març de 2009).

## 6. Contractes societaris

### 6.1. Societat civil. Consideracions generals

Conforme a l'article 1655 del CC, "la societat és un contracte pel qual dues o més persones s'obliguen a posar en comú diners, béns o indústria, per tal de partir-se'n els guanys". S'aprecia que el Codi estableix dos elements essencials com són l'establiment d'una massa comuna i l'ànim de lucre. La majoria de la doctrina, i la jurisprudència, consideren que no resulta estrictament necessari que s'aportin béns (caldrà aportar només feina per cada soci), i que l'ànim de lucre pot ser que no es limiti a l'obtenció de beneficis econòmics, sinó de qualsevol avantatge patrimonial o personal.

#### Exemple

Per exemple, les persones que formen una societat per gaudir d'un bé comú, com una finca d'esplai.

Avui dia la societat civil és una figura residual, poc usada i relegada gairebé al que és anecdòtic i a les relacions familiars o purament personals (excepte el que després direm sobre les societats professionals). Actualment la immensa majoria de societats es creen com a anònimes o de responsabilitat limitada, i s'inscriuen com a tals en el Registre Mercantil. La resta, si no estan inscrites i actuen com a societat, i tenen com a *objecte una activitat empresarial*, són societats irregulars, que es tracten com a col·lectives (art. 116 i següents CCom i art. 39 LSC). Per tant, l'àmbit de les societats civils es restringeix a les que no estan inscrites com a anònimes o de responsabilitat limitada i no duen a terme una activitat mercantil. Fins i tot les comunitats de béns, que a vegades són vertaderes empreses que actuen sota la cobertura formal o nom de *comunitat de béns*, constitueixen realment una societat col·lectiva irregular, segons opina tota la doctrina que ha estudiat aquesta qüestió. Com en altres casos, dir-se *formalment* o actuar com a *societat civil* no vol dir que el règim d'aquesta societat sigui aplicable: si exerceix una activitat empresarial, serà tractada com a col·lectiva (en aquest sentit, el RDGRN d'1 d'abril de 1997 o 20 de març de 2010); passa la mateixa cosa, en sentit contrari, amb una comunitat de béns que actui dinàmicament –no per al simple ús i aprofitament del bé comú– sense dur a terme una activitat mercantil (seria una societat civil, encara que el supòsit no és gaire més que de laboratori).

Conforme a l'article 1669 del CC, no tenen *personalitat jurídica* les societats en què els pactes entre els socis es mantinguin secrets, i en què cadascun d'aquests socis contracti en nom seu amb els tercers. Això és així perquè són societats internes, només amb efecte entre socis, però que externament no actuen com a unitat.

La *gestió* o *administració* de la societat correspon, en principi, a tots i cadascun dels socis. El fet més comú, però, és que es nomeni un o diversos administradors que prenguin les decisions de gestió del dia a dia. Quant a la *representació*,

la societat queda obligada per l'actuació de les persones apoderades per la dita societat que van actuar en nom seu i dins dels límits del poder (art. 1697 CC). Aquesta responsabilitat s'estén al patrimoni dels socis si amb el patrimoni social no n'hi ha prou per a satisfer els deutes. En aquest cas, la *responsabilitat dels socis*, segons la jurisprudència i la doctrina, és il·limitada i mancomunada (això és, respon cada soci en proporció a la quota de la seva aportació).

## 6.2. Societat civil professional

Des del 2007 la societat civil ha aconseguit més rellevància perquè és una forma vàlida de societat professional, segons la llei reguladora d'aquestes societats (Llei 2/2007, de 15 de març, LSP) i, de fet, hi ha força societats professionals que s'han constituït formalment com a civils i inscrit com a tals en el Registre Mercantil (la inscripció es fa en tant que societats professionals, perquè per la seva condició de civils no necessiten inscripció).

En efecte, la LSP ha optat perquè la societat professional pugui revestir qualsevol forma (societat civil, col·lectiva, anònima, limitada, cooperativa, etc.), i el socis han de respondre dels deutes socials segons la forma adoptada. En comptes de limitar aquest tipus de societats a alguna forma social concreta, s'ha preferit deixar que els socis triïn la forma que considerin més convenient, i si bé la majoria s'han constituït com a societats de responsabilitat limitada, també un nombre rellevant ho han fet com a civil. La societat professional, amb independència de la forma que tingui (fins i tot societat civil o cooperativa), s'ha d'inscriure en el Registre Mercantil (art. 8 LSP) i, a més, en el Registre de Societats Professionals del col·legi professional que correspongui al seu domicili (art. 8.4 LSP).

Ens remetem en aquest punt al mòdul "Dret societari".

## 7. Contractes aleatoris

### 7.1. Consideracions generals

Els contractes de risc o aleatoris són aquells en què la quantia de la prestació, l'existència mateixa de la prestació o algunes de les característiques d'aquesta prestació depenen per complet de la sort (vegeu l'art. 1790 CC, que els qualifica perquè una part doni alguna cosa en equivalència d'allò que l'altra ha de donar o fer per al cas d'un esdeveniment incert). Es qualifiquen com a tals:

a) el contracte d'aliments, pel qual l'alimentant es compromet a proporcionar habitatge, manutenció i assistència de tota mena a una altra persona, anomenada *alimentista*, durant la vida d'aquesta altra persona, i tot això a canvi de la transmissió d'uns béns o drets (art. 1791 CC);

b) el joc i l'aposta (que el Tribunal Suprem considera que donen lloc a obligacions exigibles si es practiquen en llocs autoritzats a aquest efecte);

c) la renda vitalícia, contracte que obliga el deutor a pagar una pensió o un rèdit durant la vida d'una persona o més, i rebre a canvi un capital en béns mobles o immobles (art. 1802 CC); i

d) el contracte d'assegurança.

De tots aquests, el més comú a la pràctica, amb gran diferència, és l'últim, que a més genera litigis constants i és objecte de tractament diari en els despatxos d'advocats i en els jutjats. Per aquesta raó ens centrarem en aquest últim, i a més tractarem només dels aspectes que generen més litigiositat.

### 7.2. Contracte d'assegurança: concepte i formalització

L'article 1 de la Llei de contracte d'assegurança, de 8 d'octubre de 1980, el defineix com:

“Aquell pel qual l'assegurador s'obliga, mitjançant el cobrament d'una prima i per al cas que es produeixi l'esdeveniment el risc del qual és objecte de cobertura, a indemnitzar, dins els límits pactats, el dany produït a l'assegurat o a satisfer un capital, una renda o altres prestacions convingudes.”

Mitjançant aquest contracte, l'assegurat es prevé davant d'un possible risc, de manera que en cas que s'esdevingui l'assegurador l'indemnitzarà pel dany.

Cal destacar que recentement s'ha derogat la norma que regulava els requisits de fundació i funcionament de les entitats asseguradores, essent la Llei d'ordenació, solvència i supervisió d'entitats asseguradores i reasseguradores, Llei 20/2015, de 14 de juliol (LOSSEAR), la norma vigent, que també ha modificat algun aspecte rellevant de la Llei de contracte d'assegurança. Les entitats asseguradores poden revestir la forma de societat anònima, societat anònima europea, mútua d'assegurances, societat cooperativa, societat cooperativa europea o mutualitat de previsió social; a més, poden realitzar l'activitat asseguradora les entitats que adoptin qualsevol forma de dret públic, sempre que tinguin per objectiu la realització d'operacions d'assegurança en condicions equivalents a les de les entitats asseguradores privades (art. 27 LOSSEAR).

La Llei de contracte d'assegurança es va avançar al seu temps, i va ser una de les primeres normes que va defensar la que considerava "part feble", el prenedor. El conjunt de regles que recull l'article 3 de la LCA té una gran importància pràctica: les condicions generals del contracte s'han de *redactar de manera clara i precisa*; les *clàusules de limitació* dels drets de l'assegurat s'han de destacar de manera especial i han de ser especialment acceptades per escrit (i això ho ha de provar l'assegurador); i s'ha de *donar una còpia* del contracte a l'assegurat. Malgrat l'alta imprecisió del concepte *clàusula de limitació* la norma ha servit per a protegir el prenedor o assegurat davant de clàusules fosques i davant de clàusules de limitació que no hagin estat destacades i acceptades expressament. En efecte, en molts casos d'ocurrència del sinistre assegurat, la companyia asseguradora esgrimeix alguna clàusula d'exclusió continguda en les condicions generals. Davant d'aquesta al·legació l'*estratègia processal* del reclamant pot ser la següent:

a) exigir a l'assegurador que provi que va lliurar un exemplar del contracte al prenedor (per a això, també és rellevant que el prenedor no hagi aportat aquest exemplar amb la seva demanda, perquè llavors acreditaria que el va rebre);

b) si l'assegurador prova això, es pot al·legar obscuritat en la clàusula (vegeu, per exemple, la STS d'1 de juliol de 2015, que va considerar obscura una clàusula que exigia per a la cobertura que l'accident es produís amb motiu de la circulació del vehicle assegurat, i va estimar que la mort de la conductora, causada quan va baixar del vehicle per comprovar els danys ocorreguts, estava coberta per l'assegurança); i

c) si la clàusula és clara, cal al·legar que és de limitació, i llavors per a vincular la part hauria d'estar ressaltada, i acceptada expressament. L'alta imprecisió del concepte *clàusula de limitació* de fet ha donat lloc a una àmplia defensa del prenedor, ja que, encara que aquestes clàusules són vàlides, per a vincular s'exigeix aquest ressalt (cosa que normalment es fa posant les clàusules referides en negreta) i l'acceptació expressa (que, segons la jurisprudència, exigeix

una segona signatura, independent de la subscripció del contracte, i referida específicament a l'acceptació de les clàusules de limitació; vegeu les recents STS de 14 de juliol de 2015 i de 3 de juny de 2016).

La STS recent, de 14 de juliol de 2015, reiterant jurisprudència constant, assenyala que entre les clàusules delimitadores del risc "hi ha les que determinen quin risc es cobreix, en quina quantia, durant quin termini i en quin àmbit espacial, incloent-hi, en aquestes categories, la cobertura d'un risc, els límits indemnitzatoris i la quantia assegurada o contractada. Responen al propòsit d'eliminar ambigüitats i concretar la naturalesa del risc en coherència amb l'objecte del contracte o en coherència amb l'ús establert, evitant delimitar-lo de manera contradictòria amb l'objecte del contracte o amb les condicions particulars de la pòlissa (STS, de 25 d'octubre de 2011, de 20 d'abril de 2011, de 18 de maig de 2009, de 26 de setembre de 2008 i de 17 d'octubre de 2007). Són limitatives dels drets de l'assegurat les que retringeixen, condicionen o modifiquen el dret de l'assegurat a la indemnització, un cop s'ha produït el risc (STS, de 14 de juny de 2007, de 30 de desembre de 2005 i de 26 de febrer de 1997, entre d'altres). No sempre les diferències entre unes i altres apareixen a les clàusules amb la claredat suficient, i es qualifiquen de limitatives de drets les que limiten sorprenentment el risc (STS, de 25 de novembre de 2013)".

L'article 73 de la LCA considera "clàusules de limitació", dins del contracte d'assegurança de responsabilitat civil, certes clàusules que limiten la cobertura al fet que la reclamació del perjudicat es produeixi en un temps concret, amb una sèrie de límits. La STS de 25 de juliol de 1991 determina que una clàusula que variï la càrrega de la prova sobre la causació dolosa de l'incendi (prova que correspon a l'asseguradora) és clàusula de limitació dels drets de l'assegurat. La STSJ de Navarra de 28 de juny de 2000 considera clàusula de limitació la que condicionava la cobertura de l'assegurança de transport a l'estada del vehicle en locals tancats o custodiats ininterrompudament. La STS de 18 de setembre de 1999 estima que és clàusula de limitació la que determina que l'assegurança de responsabilitat civil no cobreix els danys causats als assalariats i socis de l'assegurat, i també la que exclou els danys causats per la falta d'adopció de mesures de seguretat a la feina. La STS de 9 de novembre de 1990 considera clàusula de limitació la que exclou els accidents causats per imprudència greu de l'assegurat. La STS de 20 d'abril de 2009 afirma que, una vegada establert que la cobertura del contracte és la invalidesa temporal o permanent o la defunció que es produeixi com a causa d'un accident, sense cap altre matis, la clàusula continguda en les condicions generals que restringeix la cobertura per al supòsit que la invalidesa es comprovi i es fixi en el termini d'un any des de l'accident és de limitació. La STS de 29 de gener de 2019 estima limitativa la clàusula "sorprenent" que, en una assegurança de responsabilitat civil d'administradors de societats de capital, exclou la responsabilitat per impagament d'impostos, una responsabilitat relativament comuna que és lògic que sigui previsible per qui concerta l'assegurança.

És una clàusula de limitació la que, en una assegurança multirisc llar, exclou els danys causats per "les persones que dirigeixen o fan feines de reparació o decoració en la propietat dels béns que cobreix aquesta pòlissa" (STS de 17 de setembre de 2008); la que, després de determinar en les condicions particulars com a risc els danys materials el continent i contingut de l'edifici sinistrat amb uns límits quantitius, en les condicions generals es reduïa aquesta cobertura als supòsits de pluja o vent no superiors a unes determinades mesures (STS d'1 de d'octubre de 2010); que en una assegurança voluntària d'automòbils s'exclouï la responsabilitat de la companyia en els supòsits de conducció sota els efectes de l'alcohol (en aquest cas, la companyia pot repetir el pagament contra el prenedor de l'assegurança) (STS de 12 de febrer de 2009 i 16 de febrer de 2011), i igualment la que exclou la cobertura d'accidents per aquesta causa en assegurances d'accidents (STS de 7 de juliol de 2006 i 13 de novembre de 2008).

La STS de 7 de juliol de 2003 va qualificar com a clàusula delimitadora i exclouent la que exclouï els danys causats per l'obsolescència dels elements constructius. És una clàusula delimitadora la que determina, dins de les condicions generals, que la suma assegurada per al cas d'invalidesa parcial és d'1.500.000 pessetes (STS d'11 de febrer de 2009). "S'ha d'assenyalar, però, que les clàusules de les condicions generals en les quals s'exclouen els accidents que ha sofert l'assegurat com a conductor o passatger d'una motocicleta han de ser considerades delimitadores del risc cobert per l'assegurança i no de limitació de drets de l'assegurat" (STS de 29 d'abril de 2009, que esmenta en el mateix sentit la STS de 30 de març de 2007). És una clàusula delimitadora, en un contracte multirisc respecte d'un edifici, la que exclou les pèrdues o els danys produïts directament o indirectament per error de disseny i d'assentament dels terrenys (STS de 7 de gener de 2010). És una clàusula delimitadora que "el risc cobert no comprenia els danys que es causessin com a conseqüència de qualsevol pluja o anomalia meteorològica, sinó sols els danys causats a causa de la pluja o de fenòmens meteorològics que no fossin previsibles en el lloc de l'obra i en l'època de l'any en què l'obra es duia a terme" (STS de 20 d'abril de 2011).

### 7.3. Obligacions generals de les parts

El *deure de declaració del risc* és un dels fonamentals que corresponen al prenedor, ja que basant-se en aquesta declaració i en la delimitació del risc es determinarà la possibilitat més gran o més petita que ocorri, i amb això també el preu de la prima. Conforme a la Llei, aquest deure esdevé una obligació de “resposta al qüestionari” redactat per l’assegurador: una contestació veraç és suficient, de manera que “no explicar el que no es pregunta” no és “falsedat” ni “ocultació”, sinó més aviat una mala redacció del qüestionari, i d’això se n’ha de fer càrrec l’assegurador. Per tant, si no hi ha qüestionari, el prenedor queda exonerat del deure de declaració del risc. Per tant, competeix a l’assegurador elaborar un qüestionari complet i detallat, ja que és qui coneix més quins aspectes resulten fonamentals per a determinar el risc; si renuncia a això, no pot exigir al prenedor una diligència que aquell no ha pres.

La STS, de 21 de gener de 2019, recull la jurisprudència sobre aquesta matèria i considera que hi va haver declaració dolosa del prenedor, i “encara que la malaltia causant de la mort de l’assegurat (càncer de pulmó) va ser diagnosticada el febrer del 2009, molt després de la subscripció de la pòlissa i l’emplenament del qüestionari, i no figurava entre les patologies per les quals va ser preguntat de manera específica, el fet determinant per a apreciar la infracció dolosa del seu deure de declarar el risc és que també en aquest cas concorrien suficients elements significatius que l’assegurat havia de representar-se com a objectivament influents per a la seva valoració. L’element més rellevant de tots era el gran consum de tabac, negat conscientment, ja que a ningú no escapa la relació notòria que hi ha entre el consum de tabac (tan alt) i el càncer de pulmó. I, a més, diversos anys abans de subscriure la pòlissa i respondre el qüestionari l’assegurat havia patit un pneumotòrax i se li havia prescrit que deixés de fumar”.

El *pagament de la indemnització* és procedent si ha ocorregut el sinistre assegurat, el contracte és vàlid i manté la cobertura. L’article 18 de la LCA estableix, primer de tot, que:

“L’assegurador està obligat a satisfer la indemnització en finalitzar les investigacions i els peritatges necessaris per a establir l’existència del sinistre i, si s’escau, l’import dels danys que en resultin.”

Per a incentivar un “ràpid pagament” la Llei estableix uns terminis molt curts: l’assegurador ha de pagar, en quaranta dies, “l’import mínim del que l’assegurador pugui deure, segons les circumstàncies que ell conegui”; i la resta s’ha de pagar en els tres mesos següents al sinistre. Per descomptat, si en aquests tres mesos encara no s’ha determinat exactament l’import de l’any (per exemple, perquè hi ha seqüeles o lesions no consolidades), caldrà pagar el que se sàpiga fins aquell moment, i successivament l’import dels danys i de les seqüeles a mesura que es determinin. Tant la demora en el pagament del mínim, en quaranta dies, com de la resta, comporta mora de l’assegurador.

Per a sancionar la mora la Llei imposa un *interès de mora especial*: durant els dos primers anys, l’interès legal dels diners incrementats en el 50%; i passats dos anys, l’interès calculat així no pot ser inferior al 20%. Aquest interès, a més, l’imposa el tribunal d’ofici, encara que no ho demanin les parts (art. 20.4t. LCA). Si bé el fixat per als dos primers anys no resulta dissuasiu, el del 20% sí. Malgrat això, és bastant freqüent la mora de l’assegurador, sovint perquè té

#### Règim de la declaració inexacta

El règim de la declaració inexacta varia en les assegurances de vida, en les quals l’article 89 estableix l’anomenada *clàusula d’incontestabilitat*: passat un any des de la formalització del contracte, tret que hi hagi dol del prenedor, ja no és possible resoldre encara que hi hagi hagut falsedat. D’aquesta manera, per exemple, els agreujaments d’estat de salut, els fets que no es coneixien perfectament, etc., no constitueixen falsedat.

el capital invertit a un interès tan alt que no li val la pena desinvertir-lo per pagar una indemnització, encara que aquesta indemnització s'incrementi en l'interès legal més un 50% (aquí parlem de raons de la mora purament econòmiques, perquè òbviament les consideracions morals impedeixen justificar qualsevol mora). En aquest punt la Llei estableix una regla que ha donat lloc a la interpretació dels tribunals: no hi ha mora "quan la manca de satisfacció de la indemnització o de pagament de l'import mínim estigui fonamentada en una causa justificada o que no li sigui imputable" (art. 20.8è. LCA). Aquesta regla sovint l'han feta servir les asseguradores per a al·legar que si hi ha un litigi per a determinar la indemnització hi ha hagut justificació que impedeix la morositat. El Tribunal Suprem ha conclòs que no tot litigi comporta una "causa justificada" per a l'impagament: cas per cas caldrà veure si l'oposició al pagament per l'asseguradora que va generar el litigi va ser justificada o no, o una simple maniobra infundada.

### **Estratègia processal**

La doctrina del Tribunal Suprem ha estat pendular, però avui dia es decanta per ser molt restrictiva a l'hora d'estimar la concurrència de la justificació per a negar-se al pagament: "[...] i malgrat la casuística que hi ha sobre aquest tema, és criteri constant en la jurisprudència no considerar causa justificada per a no pagar el fet d'acudir al procés per a dilucidar la discrepància suscitada per les parts quant a la culpa, sia per a negar-la completament o per a dissentir del grau de responsabilitat atribuït al demandat en supòsits de possible concurrència causal de conductes culposes (STS de 12 de juliol de 2010). De la mateixa manera, per a la doctrina d'aquesta sala tampoc no mereix la consideració de causa justificada la discrepància entorn de la quantia de la indemnització quan s'ha vist afavorida pel fet que la mateixa asseguradora ha desatès el deure que té d'emprar la màxima diligència en la ràpida taxació del dany causat, a fi de facilitar que l'assegurat obtingui una ràpida reparació (STS d'1 de juliol de 2008, 1 d'octubre de 2010 i 26 d'octubre de 2010). En relació amb aquesta última argumentació, la jurisprudència més recent declara que la il·liquidat inicial de la indemnització que es reclama, quantificada definitivament per l'òrgan judicial en la resolució que posa fi al plet, no implica valorar aquest procés com a causa justificadora del retard, ja que s'ha de prescindir de l'abast que es donava a la regla *in illiquidis non fit mora* ['tractant-se de sumes il·líquides, no es produeix mora'], i atendre el cànon del caràcter raonable de l'oposició (al qual fem referència constantment) per a decidir la procedència de condemnar o no al pagament d'interessos i la concreció del *dies a quo* ['dia inicial'] de la meritació, tenint en compte que el deute neix amb el sinistre i el fet que la sentència que el quantifica definitivament no té caràcter constitutiu sinó merament declaratiu d'un dret que ja hi era i pertanyia al perjudicat (STS de 4 de juny de 2006, 9 de febrer de 2007, 14 de juny de 2007, 2 de juliol de 2007, 16 de novembre de 2007, 29 de setembre de 2010, 1 d'octubre de 2010)" (STS de 31 de gener de 2011. Vegeu últimament les STS, de 24 d'abril de 2014, de 22 de maig de 2014, de 3 de març de 2015, de 17 de febrer de 2015 i de 24 de maig de 2016, que valoren si va haver-hi consignació, i quina en va ser la quantia, per a considerar si la mora estava justificada pel litigi posterior).

El contracte d'assegurança no cobreix, lògicament, els *sinistres causats per mala fe de l'assegurat* (art. 19 LCA). En l'assegurança de responsabilitat civil de vehicles de motor, la mateixa llei reguladora determina que la conducció sota la influència de begudes alcohòliques no eximeix l'assegurador d'haver d'indemnitzar el tercer perjudicat, però després podrà repetir del conductor. En les assegurances de retirada de permís de conduir, la norma esmentada ocasiona el dubte de si l'assegurança cobreix la retirada de carnet ocasionada per l'alcoholèmia de l'assegurat, ja que en aquest cas el sinistre es podria considerar causat, o almenys acceptat, per l'assegurat.



## Estratègia processal

A favor de considerar que hi ha cobertura, la SAP de Biscaia (Secció Quarta) de 6 d'abril de 2005; en contra, la SAP de Lugo (Secció Segona) de 28 de maig de 2002, perquè opina que "si bé és cert que en l'article 1255 el Codi civil determina la llibertat contractual també ho és que posa un límit a allò que poden convenir les parts i ho és que allò que s'ha pactat no sigui contrari a les lleis, a la moral o a l'ordre públic, i és així que en l'article 1271 del mateix Codi civil es preveu que poden ser objecte de contracte tots els serveis, amb el límit que no siguin contraris a les lleis o als bons costums. Sembla obvi que entendre que es pacta la cobertura d'assegurança del resultat de la sanció derivada d'un delictes dolós – és a dir, la comissió del qual és volguda o si més no representada pel subjecte– contravé qualsevol principi ètic o de bona fe i, en conseqüència, hem d'entendre que l'encerta el qui jutja que desestima la pretensió del demandant".

## 7.4. Assegurances de danys

En les assegurances de danys es cobreixen, com a regla general, els danys materials causats als béns assegurats, que són danys objectius i quantificables. Això fa que hi hagi dos principis generals que les diferencien de les assegurances de persones (en què es cobreixen danys personals, això és, dolor, lesions, defunció, etc., que no són quantificables). Així, en primer lloc, regeix la *subrogació de l'assegurador*.

### Observació

L'assegurador, una vegada pagat l'assegurat, se subroga en les accions que pugui tenir aquest assegurat contra el causant del dany (art. 43 LCA). Això és així perquè l'assegurat ja no pot reclamar al causant (perquè ha quedat indemne), però aquest causant ha de continuar responnent pel dany causat. A més, amb això, com que l'assegurador podrà recuperar la indemnització satisfeta, podrà abaratir el cost de la prima. En les assegurances de persones no regeix aquest principi, perquè el perjudicat no queda mai "indemne". Tingueu en compte que en les assegurances de responsabilitat civil això suposa que l'asseguradora indemnitzarà el perjudicat, però aleshores podria repetir el pagament fins i tot del prenedor o assegurat causants del dany, segons el pactat (vegeu, per exemple, la STS, de 17 de novembre de 2015, repetició contra l'assegurat que estava embriac quan va tenir l'accident).

En segon lloc, regeix el *principi indemnitzador*, que estableix que l'assegurança no pot comportar un enriquiment injust de l'assegurat, de manera que se li pagarà el dany efectiu que ha sofert, però res més. D'acord amb això s'estableixen una sèrie de distincions segons la relació entre la suma assegurada (la quantia per la qual es va assegurar l'interès) i l'interès.

a) Si la suma assegurada és superior a l'interès (una casa que val 100 i s'assegura per 150), hi ha sobreassegurança, i en cas de dany s'ha de pagar el valor de l'interès (del dany real), i no de la suma assegurada. El prenedor ha pagat una prima excessiva.

b) Si la suma assegurada és inferior a l'interès (una casa que val 100 i s'assegura per 60), hi ha infraassegurança, i en cas de dany s'ha de satisfer en la mateixa proporció que hi ha entre interès i suma assegurada (en l'exemple, s'ha de pagar un 6/10 del dany real).

c) Si la suma assegurada i l'interès coincideixen hi ha assegurança plena, i en cas de dany s'ha de pagar el dany real que s'ha sofert.

Per a evitar l'aplicació d'aquestes regles, les parts poden pactar les anomenades *pòlisses estimades*, en les quals fixa de manera incontestable que la suma assegurada és el valor de l'interès –art. 30.2 LCA (se sol aplicar, per exemple, en supòsits de valoració difícil del bé, com obres d'art o béns d'alt valor sentimental). D'aquesta manera, en els casos de dany s'aplica la regla de l'assegurança plena.

La *quantia de la indemnització* depèn del dany real de l'objecte, i de la relació entre suma assegurada i interès a què ens hem referit abans. Si hi ha acord amistós de les parts sobre el valor de la indemnització, s'ha d'atendre aquest valor. Si no hi ha acord, les parts poden seguir un procediment especial que estableix l'article 38 de LCA, basat en informes pericials, o acudir a un procediment judicial. A aquest efecte, la Llei considera que incumbeix a l'assegurat la *prova de la preexistència dels objectes*, però que el contingut de la pòlissa constituirà una presumpció a favor de l'assegurat quan raonablement no es puguin aportar proves més eficaces (art. 38.2 LCA). Un comerç que ha tingut un incendi, per exemple, pot aportar indicis, mitjançant les comandes fetes darreament, de quin era el valor de les mercaderies que hi havia.

Entre les diverses assegurances de danys que preveu la Llei, la que planteja més problemes tècnics és la de *responsabilitat civil* (art. 73 a 76 LCA). Cobreix el risc del naixement a càrrec de l'assegurat de l'obligació d'indemnitzar un tercer dels danys causats per fets previstos en el contracte de les conseqüències del qual sigui responsable civil l'assegurat, conforme a dret. És molt comuna per a l'exercici d'activitats professionals, que poden ocasionar danys personals o materials a les contraparts (per exemple, una assegurança de responsabilitat professional de metges, advocats, etc.). El perjudicat té una acció directa contra l'assegurador (art. 76 LCA), de manera que li pot reclamar sense que calgui reclamar abans, ni alhora, judicialment al causant del dany. L'assegurador pot repetir després contra el prenedor, o el causant del dany, si aquest dany va ser causat per dol.

Normalment, es cobreixen els *danys causats durant el temps de cobertura de l'assegurança*, encara que s'exterioritzin una vegada acabat aquest temps (per exemple, l'assegurança que tenia el metge el 2010 cobreix els danys causats per operacions fetes en aquest període, encara que les lesions apareguin el 2011). Cal pactar límits a aquesta regla, però, com clàusules de limitació –vegeu el que n'hem dit més amunt–, i dins dels marges que permet la Llei.

Així, per exemple, és possible pactar que només es cobreixen les reclamacions del perjudicat que tinguin lloc dins d'un període, no inferior a un any, des de la terminació del contracte (vegeu l'art. 73.2 LCA). La STS de 26 d'abril de 2018 ha declarat que el paràgraf segon de l'article 73 regula dues clàusules limitatives diferents, cadascuna amb els seus propis requisits de cobertura temporal, de manera que per a la validesa de les de futur (incís segon) no és exigible, a més, la cobertura retrospectiva, ni per a la validesa de les retrospectives o de passat és exigible, a més, que cobreixin reclamacions posteriors a la vigència de l'assegurança.

#### STC 1/2018

La STC 1/2018, d'11 de gener, ha declarat nul l'article 76.e) LCS, que considera que l'assegurat té dret a sotmetre a arbitratge qualsevol diferència que pugui sorgir entre ell i l'assegurador sobre el contracte d'assegurança, perquè amb això sotmet obligatòriament l'assegurador a arbitratge, però no té en compte l'aspecte bàsic contractual de l'arbitratge i el dret a la tutela judicial.

Una assegurança específica de responsabilitat civil és l'*obligatòria d'automòbils*, regulada en la Llei sobre responsabilitat civil i assegurança en la circulació de vehicles de motor (RDLEG 8/2004). És una assegurança obligatòria per a tot titular d'un vehicle, que cobreix danys a tercers amb uns límits quantitatius. El prenedor pot ampliar les cobertures, i afegir-ne d'altres a l'obligatòria (danys a l'automòbil, danys al conductor, etc.). Cal recordar que en supòsits d'accidents d'automòbil, tant si hi ha assegurança com si no, les lesions personals, defunció i invalidesa es quantifiquen segons un *barem obligatori* inclòs en aquesta llei, que s'actualitza cada any, i la vinculació del qual als òrgans judicials –amb alguna excepció– ha estat avalada per la STC 181/2000, de 29 de juny, RTC 2000/181. Aquest barem, a més, es fa servir comunament (encara que ja no com a obligatori, sinó com a orientatiu) per a valorar la quantia de lesions i seqüeles en altres litigis (civils, penals, etc.). El barem ha estat àmpliament reformat amb conceptes nous i maneres de determinar la quantia de la indemnització, i amb una actualització d'aquestes quanties, per la Llei 35/2015, de 23 setembre, de reforma del sistema per a la valoració dels danys i perjudicis causats a les persones en accidents de circulació.

### 7.5. Assegurances de persones

En les assegurances de persones no regeixen els dos principis generals que hem vist en les de coses. La indemnització que rebí el perjudicat no compensa mai el dany real que ha patit, que és un dany personal (dolor, lesions, incapacitat, pèrdua d'un ésser estimat, etc.) i per tant no quantificable. Per això el perjudicat pot reclamar al causant del dany la indemnització que correspongui, ja que la que ha rebut no l'ha deixat indemne. Tampoc no s'hi aplica el principi indemnitzador, ja que amb independència de la suma que rebí no satisfarà mai el dany que ha sofert.

L'*assegurança de vida* en realitat es desdobla –o les pot cobrir– en dues contingències diferents: la defunció de l'assegurat o la supervivència (això és, se li paga una quantitat a partir d'una determinada edat, cosa que normalment s'anomena *assegurança de jubilació*), o tots dos aspectes. L'*assegurança de defunció* cobreix, excepte pacte en contra, el risc de suïcidi de l'assegurat a partir del transcurs d'un any del moment en què venç el contracte (vegeu la STS de 21 de juliol de 2016). En les assegurances de vida el prenedor té la facultat unilateral de desistir del contracte sense cap penalització dins del termini dels trenta dies següents a la data de lliurament de la pòlissa (art. 83.a LCA).

L'*assegurança d'accident* cobreix la lesió corporal que deriva d'"una causa violenta sobtada, externa i aliena a la intencionalitat de l'assegurat, que produeixi invalidesa temporal o permanent o mort" (art. 100 LCA). D'aquesta manera l'accident és diferent de la malaltia, que és una dolència que prové del cos del perjudicat. És molt comú que en aquestes assegurances s'exclouï la cobertura en els supòsits en què es fan esports o activitats d'alt risc, com el submarinisme o l'ascensió d'alta muntanya.

#### Observació

Precisament per això, aquestes regles no s'apliquen en assegurances de persones que en realitat cobreixen el cost d'objectes materials, i que en aquest sentit són assegurances mixtes. Així, respecte de les despeses d'assistència sanitària la Llei reconeix expressament que l'assegurador sí que es pot subrogar (art. 82 LCA), i també s'hi aplicaria el principi indemnitzador.

### **Estratègia processal**

Aquí la qüestió que causa més problemes és la delimitació com a accident de supòsits que, com la defunció per infart, poden ser deguts a un accident (un fet extern, com l'angoixa causada per fets externs o per estrès, o un excés d'exercici) o a una malaltia (un cor feble, per exemple). La jurisprudència, en general, considera que si acredita que l'infart es va deure a un fet extern és accident (i està cobert per l'assegurança d'accidents), però aquesta prova correspon al beneficiari que el vol acreditar així. Vegeu últimament la STS, de 18 de desembre de 2015, que mostra el caràcter restrictiu amb el qual ara s'admet qualificar com a accidents les defuncions causades pel desgast corporal.

En l'article 105 de LCA es preveuen dues assegurances diferents. La de *malaltia* cobreix les despeses que ocasioni una malaltia –el pagament de certes sumes (per exemple, una quantitat a tant alçat per cada dia d'hospitalització o de baixa laboral) i de les despeses d'assistència mèdica i farmacèutica, diu la Llei. En canvi, la d'*assistència sanitària* comporta que és l'assegurador mateix, de concert amb entitats mèdiques, qui presta aquesta assistència al beneficiari. Es tracta d'assegurances mixtes de persones i danys, ja que en part es refereixen a danys personals i en part a costos objectius –cost de l'assistència mèdica, dels fàrmacs, etc.

La LOSSEAR ha introduït els art. 106 bis, 106 ter i 106 quáter LCS, que regulen les assegurances de decessos i de dependència. Es tracta d'assegurances mixtes, de danys i de persones. Aquestes modalitats d'assegurança ja es coneixien en la pràctica asseguradora, i la Llei n'estableix els límits a favor del prenedor i l'assegurat. Tant en aquestes assegurances com en les d'assistència sanitària, l'assegurat ha de tenir llibertat d'elecció del prestador de servei, amb uns límits fixats a la Llei. Per l'assegurança de decessos l'assegurador s'obliga, dins dels límits establerts a la Llei i al contracte, a prestar els serveis funeraris pactats a la pòlissa per al cas que es produeixi la defunció de l'assegurat. Si el cost del servei prestat per l'assegurador és inferior a la suma assegurada, l'excés correspondrà al prenedor o, si de cas hi manca, als hereus.

Per l'assegurança de dependència, l'assegurador s'obliga, dins dels límits establerts a la Llei i al contracte, per al cas que es produeixi la situació de dependència, al compliment de la prestació convinguda amb la finalitat d'atendre, totalment o parcialment, directament o indirectament, les conseqüències perjudicials per a l'assegurat que se'n derivin. S'entén per situació de dependència la prevista a la normativa reguladora de la promoció de l'autonomia personal i atenció a les persones en situació de dependència. La prestació de l'assegurador podrà consistir en el pagament d'un capital o una renda; en el reemborsament de les despeses derivades de l'assistència; o en garantir a l'assegurador la prestació dels serveis d'assistència.

## 8. Contractes en la litis

### 8.1. La transacció

Com estableix l'article 1809 del CC, "la transacció és un contracte pel qual les parts, donant, prometent o retenint cada una alguna cosa, eviten la provocació d'un plet o posen terme al que havia començat". Es tracta, per tant, que dues o més persones entre les quals hi ha alguna discussió jurídica arribin a un *acord per a solucionar, o per a evitar, el conflicte*. És un acord extrajudicial (encara que es pot judicialitzar, com veurem) per a evitar un plet judicial o arbitral, o per a posar-hi fi.

Normalment, la transacció comporta que les parts renunciïn a obtenir una satisfacció íntegra del que consideraven com el seu dret, de manera que s'estimen més una satisfacció parcial negociada que mantenir un plet, amb el cost de temps i diners i la inseguretat que això comporta. El fet rellevant, però, no és que la satisfacció sigui parcial, ni total, ni tan sols d'algun valor. N'hi ha prou amb l'acord de les parts per a impedir que sobre aquesta qüestió es plantegi un litigi o una discussió posterior, amb independència de què hagi obtingut cada part amb la transacció. De fet, el Tribunal Suprem ha admès que la transacció pot tenir com a prestacions "sacrificis d'ordre moral i no han de tenir necessàriament contingut econòmic" (STS de 6 de novembre de 1993 o 20 de desembre de 2000). El fet, a més, que hi hagi concessions recíproques fa que la transacció *no es pugui considerar una renúncia* de drets únicament, sinó un acord pel qual les parts consideren que obtenen prou per a excloure un litigi entre elles respecte de determinat afer. Per això la STS d'11 d'octubre de 2000 estableix que la transacció comporta "renúncies de les seves pretensions a canvi de reconeixements parcials d'aquestes pretensions. Una transacció no pot ser qualificada ni jutjada de cap manera com una renúncia abdicativa pura i simple de drets."

Com que aquest contracte comporta disposició dels drets, la Llei exigeix certes *garanties quant a la capacitat o a l'autorització*. Així, per a transigir sobre béns i drets dels fills sota pàtria potestat s'apliquen les mateixes regles que per a alienar-los –art. 1810 CC (vegeu l'art. 166 CC)–; el tutor no pot transigir sobre els drets de la persona que té en guarda, sinó en la forma prescrita en el Codi –art. 1811 CC (vegeu l'art. 271.3r CC)–; i les corporacions només poden transigir en la forma i amb els requisits que necessitin per a alienar els seus béns (art. 1812 CC). A més, no es pot transigir sobre l'estat civil de les persones, ni sobre les qüestions matrimonials, ni sobre aliments futurs (art. 1814 CC). Aquesta última regla ha estat matisada pel Tribunal Suprem, que ha admès

transaccions que afectin les conseqüències purament patrimonials derivades de l'estat civil, que no afecten l'ordre públic (STS de 4 de desembre de 1985 o 31 de gener de 1985).

Com que la transacció comporta un acord que posa fi a un conflicte jurídic, l'article 1816 del CC estableix que "té per a les parts *autoritat de cosa jutjada*". Això no vol dir, per descomptat, que tingui els efectes de cosa jutjada propis d'una sentència judicial, però sí que les parts després no poden pledejar sobre aquestes qüestions; és un acord obligatori. Per això "no és lícit exhumar pactes o clàusules, vicis o defectes, posicions o circumstàncies que afectin les relacions jurídiques la col·lisió o incertesa de les quals va generar el pacte transaccional, [...] els efectes de la cosa jutjada s'han de manifestar amb respecte absolut a la nova situació i amb compliment escrupolós de les obligacions fixades en la transacció" (STS de 30 de gener de 1999, entre moltes altres amb el mateix sentit). Això no impedeix que, com tot contracte, si l'acord transaccional va experimentar algun *vici de voluntat* pugui ser impugnat per aquesta raó (art. 1817 CC, que malgrat això afegeix que una de les parts no podrà oposar l'error de fet a l'altra en cas que aquesta s'hagi apartat per la transacció d'un plet començat); i si s'incompleix per alguna de les parts, l'altra el podrà resoldre *ex article 1124 del CC*. A més, el descobriment de nous documents no és causa per a anul·lar o rescindir la transacció, si no hi ha hagut mala fe (art. 1818 CC).

L'acord transaccional no és un *títol executiu*, òbviament. Com tot contracte, si una de les parts no el vol complir ha de ser demandada, i la sentència ferma que posi fi a aquest plet sí que constitueix títol executiu. Si les parts volen obtenir més garanties poden acudir a l'*homologació judicial de la transacció*, que preveuen els articles 19.2 i 415.2 de la LEC, i aquesta homologació sí que és títol executiu (vegeu l'art. 517.2.3r. LEC).

## 8.2. El conveni arbitral

El conveni arbitral és un acord pel qual les parts decideixen que els litigis entre elles, sobre conflictes actuals o futurs en una matèria, han de ser *sotmesos a arbitratge*, i no en coneixeran per tant els òrgans jurisdiccionals. El conveni es pot incloure, per exemple, en un contracte, i preveure que les qüestions que hi sorgeixin se sotmetran a arbitratge; o es pot fer entre dues persones que discuteixen una qüestió actual. Aquesta matèria és regulada per la Llei 60/2003, de 23 de desembre, d'arbitratge (LArb), que segueix de prop la Llei model d'UNCITRAL aprovada el 1985. Les parts poden decidir que l'arbitratge sigui de dret o en equitat; però en cas de falta d'expressió d'aquest aspecte, l'arbitratge és de dret (art. 34.1 LArb: "Els àrbitres només decideixen en equitat si les parts els han autoritzat expressament per fer-ho").

Com a límit general, "són susceptibles d'arbitratge les controvèrsies sobre matèries de lliure disposició d'acord amb el dret" (art. 2.1 LArb). El fet que una qüestió es regeixi per normes de dret imperatiu no impedeix que sigui sotmesa a arbitratge, i és conclusió majoritària de la jurisprudència que aquesta sub-

missió només és invàlida quan la decisió que recaigui no afecti només les parts del conveni, sinó tercers, o l'interès o l'ordre públic. Així, s'admeten arbitratges en matèria d'impugnació d'acords socials de societats de capital (STS de 18 d'abril de 1998 o 9 de juliol de 2007) i d'arrendaments urbans (IAP de Madrid, secció catorzena, de 27 d'octubre de 2010, o secció desena, de 15 de desembre de 2010).

S'ha de tenir en compte, però, que és abusiva (i nul·la) la clàusula no estipulada individualment, en què una de les parts sigui consumidor, de *submissió a arbitratges diferents de l'arbitratge de consum*, tret que es tracti d'òrgans d'arbitratge institucionals creats per normes legals per a un sector o un supòsit específic – art. 90.1 TRLGDCU (vegeu també l'art. 9.2 LArb). Aquesta norma s'ha aplicat en nombroses ocasions, ja que fins i tot es donen supòsits en què el predisposador de les clàusules, davant d'un conflicte amb el consumidor, acudeix a arbitratge i obté un laude; el consumidor després pot impugnar aquest laude per “nul·litat del conveni arbitral” (art. 41.1.a LArb), atès que es contenia en una clàusula abusiva (vegeu, per exemple, la SAP d'Astúries, Secció Setena, de 16 de febrer de 2012). Per tant, si el conveni arbitral s'inclou com a clàusula en un contracte d'adhesió, s'ha d'interpretar en cas de poca claredat en contra de la part predisposant (STS de 27 de juny de 2017, que per això va considerar que la submissió a arbitratge de qüestions relatives a la “interpretació, compliment i execució de les clàusules del Contracte Marc d'Operacions Financeres” no incloïa l'anul·lació per error vici del contracte *swap* i del contracte *put* concertats en l'àmbit d'aquest contracte marc).

Quan les parts han formalitzat un conveni arbitral vàlid, els conflictes sorgits en l'àmbit pactat s'han de sotmetre a arbitratge. Si una de les parts acudeix a la jurisdicció ordinària, la contrapart pot invocar el conveni arbitral mitjançant *declinatòria* (art. 11.2 LArb, i 39 i 63 a 65 LEC).

El laude arbitral és tan vàlid com una sentència judicial, i causa la mateixa cosa jutjada que una sentència judicial, i és *títol executiu* (art. 517.2.2n. LEC). Cal destacar que té una importància singular que el laude no és susceptible d'un recurs d'apel·lació, ni d'una segona instància. Els únics recursos que són possibles són els d'anul·lació i de revisió, que tenen un abast molt diferent del d'apel·lació. El *recurs d'anul·lació* no permet, com a regla general, revisar les qüestions de fons decidides per l'àrbitre, ja que les causals d'aquest recurs es refereixen més aviat a qüestions formals (per exemple, nul·litat del conveni arbitral, com l'assenyalada abans en matèria de consumidors). L'únic motiu de fons al·legable és la contrarietat del laude a l'“ordre públic” (art. 41.f LArb), però òbviament està pensat no per a qualsevol infracció de normes, ni tan sols imperatives, sinó per a la contrarietat a l'ordre públic en sentit restrictiu. Quant al *recurs de revisió*, només és possible conforme al que estableix la LEC per a les sentències fermes –art. 43 LArb, això és, si apareixen nous documents

decisius no tinguts en compte, o els decisius han estat declarats falsos després, o l'arbitratge es va guanyar injustament per suborn, violència o maquinació fraudulenta, etc. (vegeu l'art. 510 LEC).

### **Estratègia processal**

Els motius del recurs d'anul·lació són els següents: que no hi hagi conveni arbitral o no sigui vàlid; que no hagi estat notificada degudament la part de la designació d'un àrbitre o de les actuacions arbitrals o, per qualsevol altra raó, no hagi pogut fer valer els seus drets; que els àrbitres hagin resolt sobre qüestions no sotmeses a la seva decisió; que la designació dels àrbitres o el procediment arbitral no s'hagin ajustat a l'acord entre les parts, tret que aquest acord fos contrari a una norma imperativa de la LArb, o si no hi ha aquest acord, que no s'hagin ajustat a la Llei; que els àrbitres hagin resolt sobre qüestions no susceptibles d'arbitratge; i que el laude sigui contrari a l'ordre públic (art. 41.1 LArb).



## Exercicis d'autoavaluació

1. A envia per correu electrònic una oferta de venda a B, que al seu torn accepta per mitjà d'un altre correu electrònic. Ni A ni B disposen de signatura electrònica reconeguda. Davant la inactivitat d'A, pot reclamar alguna cosa, B?

- a) No, perquè no té cap manera de provar la tramesa del correu.
- b) Sí, perquè el consentiment per aquest correu electrònic és tan vàlid com una signatura manuscrita.
- c) No, perquè no hi ha hagut cap consentiment, ja que els correus electrònics no són vàlids per a incorporar un consentiment.
- d) Sí, perquè pot provar que es va enviar el correu, encara que no en pugui acreditar el contingut.

2. En 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) Sí, però pot ser que s'hagi de fer càrrec dels costos de devolució.
- b) No la pot retornar perquè la Llei no pot emparar un canvi capritxós de parer.
- c) Depèn del fet que el venedor concedeixi al comprador un "dret de desistiment" o un termini de devolució.
- d) La pot retornar, sense haver-se de fer càrrec de despeses ni de cap cost.

3. En Pedro és ramader, i cria xais i ovelles. Ven una partida de xais a l'escorxador Escorxador, que els sacrificarà i després els vendrà a unes quantes carnisseries. La venda entre en Pedro i Escorxador és...

- a) mercantil, perquè tant una part com l'altra són empresaris (de ramaderia i d'alimentació).
- b) civil, perquè en Pedro és un ramader.
- c) civil o mercantil en funció del fet que Escorxador, efectivament, aconsegueixi vendre els xais sacrificats.
- d) mercantil, perquè Escorxador compra per revendre, i amb això busca ànim de lucre.

4. L'empresa Empresa compra un equip informàtic a la botiga Informàtica. Al cap d'un temps la policia es posa en contacte amb Empresa, perquè l'equip informàtic havia estat robat al fabricant, cosa que s'acredita pel número de bastidor de l'equip. En quina situació queda Empresa?

- a) Es pot quedar el bé pagant-ne el preu al propietari desposseït.
- b) Ha de lliurar el bé al propietari i reclamar contra Informàtica, que ha de respondre per evicció.
- c) Com que ha comprat el bé en un establiment obert al públic, l'ha comprat de manera irreivindicable, i no l'ha de retornar.
- d) El propietari robat pot exigir el lliurament del bé si paga el preu que Empresa va satisfer a Informàtica.

5. La Maria i en Juan han comprat un cotxe per a ús familiar (no el fan servir per a l'activitat laboral, perquè normalment tots dos van a la feina en transport públic). Al cap de nou mesos des del lliurament adverteixen que el cotxe no funciona adequadament (no arriba a la velocitat normal, fa batzegades en accelerar, etc.). Poden reclamar contra el venedor?

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

6. La Lucía ha comprat un cotxe al concessionari de Cotxes. Quan el concessionari ja ha matriculat el vehicle destinat a la Lucía, el dia abans del lliurament una gota freda, del tot inesperada i inevitable, inunda els magatzems de Cotxes, i deixa inservible el vehicle destinat a la Lucía. En la guarda del bé, no hi ha hagut cap culpa de Cotxes. Ha de pagar el cotxe, la Lucía?

- a) No l'ha de pagar perquè el cotxe ha quedat inservible.
- b) Sí, l'ha de pagar perquè la botiga ha fet tot el que ha pogut per lliurar-lo, i la pèrdua es deu a força major.
- c) N'ha de pagar la meitat perquè la pèrdua es reparteix a parts iguals entre les dues parts del contracte, ja que no hi va haver cap d'aquestes dues parts que tingués la culpa de la pèrdua.
- d) Depèn: si la compra és civil, ha de pagar el cotxe; si és mercantil, no l'ha de pagar.

7. L'empresa X va vendre un cotxe a en Pedro, que el fa servir 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 Pedro embarga el cotxe per poder satisfer el crèdit. L'empresa X ens demana si pot fer alguna cosa per impedir la continuació de l'embargament.

- a) Sí que pot fer alguna cosa, si el contracte es va inscriure en el Registre de Venda a Terminis de Béns Mobles.
- b) Sí que pot fer alguna cosa, ja que es va pactar una reserva de domini, i això implica que no ha deixat de ser propietària.
- c) No pot fer res en cap cas, ja que el pacte de reserva de domini és un acord intern entre comprador i venedor.
- d) L'embargament ha de seguir el curs que correspongui, però el venedor té un dret de preferència –per a cobrar els terminis que falten– abans que el creditor que va instar l'embargament.

8. En Juan, que és vidu i té veïnatge civil comú, té béns per valor de 900. En un moment donat, en lliura 700 a Pilar, monja adscrita a la parròquia, perquè destini els diners, com a donació, a ajuda als necessitats. Al cap de poc, es mor en Juan, i deixa un patrimoni de 200. Els fills d'en Juan ens demanen si poden rescindir la donació a la Pilar, que ha minvat sensiblement la seva herència.

- a) No, perquè en Juan és lliure de donar béns, i els fills ja tenien prou béns propis per a subsistir.
- b) Sí, poden reclamar la devolució dels 700, perquè en Juan no pot disposar lliurement dels béns.
- c) No, perquè la Pilar ja va acceptar la donació, i això la fa irrevocable.
- d) Sí, poden reclamar la devolució de 400, perquè en Juan havia de guardar en vida 2/3 dels seus béns per als seus descendents.

9. La Sara té un xalet a la platja, que només fa servir un mes a l'any. Ha llogat aquesta finca per quinze dies a la Luísa. El contracte de lloguer no diu res sobre la possibilitat de sotsarrendar. La Luísa, al seu torn, sotsarrenda el xalet per a la primera setmana a en Pedro. Quan la Sara s'assabenta del sotsarrendament, ens demana si és vàlid.

- a) No és vàlid perquè en el contracte no es preveia la possibilitat de sotsarrendar.
- b) No és vàlid perquè el sotsarrendament exigeix el consentiment de l'arrendador per escrit.
- c) És vàlid perquè es pot sotsarrendar si en el contracte no es prohibeix expressament.
- d) És vàlid, però l'arrendador pot elevar la renda un 10%.

10. La Carmen ha llogat un habitatge a en Luís. Al cap d'un temps, es trenquen unes canonades, perquè eren massa velles, i la reparació costa 300 euros. Qui ha de pagar aquest import?

- a) Depèn del que s'hagi pactat en el contracte; si no se'n diu res, ho ha de pagar l'arrendador.
- b) L'arrendatari, en Luis, perquè és qui s'està a la casa en aquell moment.
- c) L'arrendadora, la Carmen, per la condició d'arrendadora.
- d) Ho han de pagar a mitges l'arrendadora i l'arrendatari.

11. Assenyaleu quina de les afirmacions següents, relatives al desnonament per falta de pagament, és l'única correcta:

- a) Per a desnonar per falta de pagament cal l'impagament, almenys, de dues mensualitats consecutives o de tres d'alternes.
- b) El desnonament per falta de pagament es tramita com a judici ordinari.
- c) El desnonament per falta de pagament sempre té un tràmit de "vista" perquè l'arrendatari pugui al·legar el que convingui al seu dret.
- d) Al desnonament per falta de pagament s'hi pot acumular la reclamació de les rendes impagades.

12. En un arrendament de finques rústiques d'ús agrícola...

- a) l'arrendatari no sempre té drets de tempteig i retracte en cas de venda de la finca.
- b) l'arrendatari té drets de tempteig i retracte en cas de venda de la finca pagant el 90% del que volia pagar el comprador.
- c) l'arrendatari té en tot cas drets de tempteig i retracte en cas de venda de la finca pagant el 100% del que volia pagar el comprador.
- d) l'arrendador no pot cedir la finca sense el consentiment de l'arrendatari.

13. Pactar un *swap* amb consumidors...

- a) és il·legal perquè els derivats financers només es poden pactar amb empreses.
- b) pot comportar una "clàusula abusiva" si pels tipus fixats i les previsions de l'entitat de crèdit les condicions fixades resulten desproporcionades i tenen un perjudici greu per al consumidor.
- c) requereix, per a ser legal, que es destaquin les clàusules essencials i que hi hagi una acceptació específica d'aquestes clàusules, afegida a la signatura general del contracte de derivat financer.
- d) és legal i inatacable perquè la seva regulació legal evita tota mena d'abusos de les entitats de crèdit.

14. En els crèdits al consum, regulats per la Llei de crèdit al consum, de 2011, l'acreditat...

- a) pot reemborsar anticipadament el crèdit, però només pagant tot el principal que falti per satisfer més un 10%.
- b) pot desistir del contracte durant els quinze dies següents d'haver-lo formalitzat, però havent passat aquest termini no pot reemborsar anticipadament el crèdit, i ha de complir tots els terminis.
- c) pot reemborsar anticipadament el crèdit pagant el principal més un 40% de l'interès corresponent al principal cancel·lat.
- d) pot reemborsar anticipadament el crèdit, de manera total o parcial; a més, si es va pactar així, pot ser que hagi de pagar una compensació amb una sèrie de límits legals.

15. L'empresa A té en líasing l'ús d'un bé d'equip, està al corrent del pagament de les quotes i és declarada en concurs. Davant la continuació de l'activitat de l'empresa concursada, l'entitat de líasing...

- a) és un creditor concursal ordinari amb dret a cobrar les quotes successives que es meritin.
- b) té dret a recuperar la possessió del bé ja que la declaració de concurs dóna lloc a la resolució del líasing.
- c) té dret a demanar la resolució del contracte perquè la declaració de concurs li permet aquesta petició.
- d) té dret a recuperar la possessió del bé si l'empresa cessa l'activitat, perquè el bé continua essent propietat seva.

16. L'entitat Banc és creditora d'Empresa, i l'administrador d'Empresa ha garantit l'operació. Empresa és declarada en concurs. L'efecte d'aquesta declaració sobre la fiança de l'administrador és...

- a) la fiança queda extingida.
- b) el fiador queda obligat al pagament des de la declaració de concurs de l'entitat afiançada.
- c) que el fiador continua obligat en els termes acordats, i si acaba pagant el creditor, exercirà davant el concurs el seu dret de reemborsament.
- d) el fiador continua obligat, i mai podrà veure's afectat per un possible conveni assolit amb el deutor concursat.

17. L'Eduardo ha perdut la cartera amb la targeta de crèdit i el DNI, i ho comunica a l'emissora de la targeta quan ho adverteix. En l'endemig, algú ha fet servir la targeta i ha comprat en uns quants comerços béns per valor de 500 euros.

- a) L'Eduardo no ha de pagar res perquè ja va comunicar la pèrdua quan la va advertir.
- b) L'Eduardo ha de satisfer 50 euros, i la resta d'operacions les ha de pagar l'entitat emissora.

- c) L'Eduardo té dret a limitar la seva responsabilitat, però només si s'ha pactat així amb l'emissora de la targeta en el contracte de targeta.
- d) L'Eduardo ha d'assumir el càrrec de 500 euros perquè la custòdia de la cartera és responsabilitat seva.

18. De les despeses d'una transferència bancària...

- a) se n'ha de fer càrrec sempre l'ordenant o emissor de la transferència.
- b) se n'ha de fer càrrec sempre el beneficiari de la transferència.
- c) normalment se s'han de fer càrrec les dues parts.
- d) se n'ha de fer càrrec la persona que s'hagi acordat amb el banc, però com a regla general és a càrrec de l'ordenant.

19. Un metge ha operat en Pablo, i ha aconseguit que no avanci la malaltia que tenia, però li ha causat com a seqüela una lleugera pèrdua de mobilitat. Aquesta seqüela és normal, una conseqüència bastant comuna de l'operació, i no és conseqüència de cap negligència del metge. El metge no va informar en Pablo que es podia donar aquesta complicació. Si en Pablo no s'hagués sotmès a l'operació, el més probable és que s'hauria mort. Pot reclamar per la falta d'informació, en Pablo?

- a) No pot reclamar perquè l'operació era necessària i li ha estat beneficiosa.
- b) No pot reclamar perquè, encara que no el van informar de la seqüela, és una conseqüència normal de l'operació i no hi ha hagut negligència del metge en fer l'operació.
- c) Sí, pot reclamar, però només si acredita que, si l'haguessin informat, s'hauria negat que li fessin l'operació.
- d) Sí, pot reclamar en tot cas perquè no el van informar d'aquesta possible seqüela.

20. En Carlos i la Mariví van encarregar a la constructora Constructora l'edificació d'un xalet. Constructora, al seu torn, va subcontractar la instal·lació de fusteria amb Fusters, sense consultar als propietaris de l'obra. Quan es va acabar l'obra, i pendent de pagar la factura de fusteria, Constructora és declarada en concurs. En aquesta situació...

- a) Fusters pot reclamar als propietaris de l'obra el pagament de la factura perquè hi ha una acció directa del sotsarrendatari davant el propietari de l'obra.
- b) Fusters pot reclamar als propietaris de l'obra el pagament de la factura, però només si els propietaris no han satisfet encara el preu a Constructora.
- c) Fusters pot reclamar indistintament contra els amos de l'obra o contra Constructora perquè tots dos en responen solidàriament.
- d) Fusters no té més remei que acudir com un creditor més, amb la qualificació que li correspongui, al concurs de Constructora.

21. Els veïns d'un bloc de cases acabades de construir adverteixen nombrosos defectes de parquet, portes, fusteria metàl·lica, etc., que afecten l'habitabilitat d'aquest bloc. Els habitatges es van lliurar fa quatre anys, i la llicència de construcció es va concedir el 2005. Conforme a la Llei d'ordenació de l'edificació, els veïns...

- a) poden reclamar pels defectes, perquè tots els defectes que s'exterioritzen en els deu primers anys poden ser objecte de reclamació.
- b) poden reclamar pels defectes, però només contra el promotor de l'obra perquè, per a reclamar contra els altres, la garantia per defectes d'habitabilitat dura tres anys.
- c) poden reclamar pels defectes, però només contra el constructor, que és qui fa materialment l'edificació.
- d) no poden reclamar, perquè la garantia per defectes d'habitabilitat dura tres anys.

22. 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 ben podrida. Assenyaleu quina de les afirmacions següents és l'única correcta:

- a) Transports n'ha de respondre, 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 n'ha de respondre en tot cas perquè no havia d'haver admès una partida de fruita tan madura.
- c) Carregador s'ha de fer càrrec de la pèrdua ja que el risc de la mercaderia és a càrrec seu perquè n'és el propietari.
- d) Carregador n'ha de respondre, tret que provi que la culpa de la pèrdua va ser del portador.

23. En Pedro envia una mercaderia d'un valor de 300 euros per missatgeria a un amic seu; en el trajecte, la mercaderia es perd. Segons el que estableix la Llei, per a plantejar la reclamació per 300 euros en Pedro ha d'acudir...

- a) al jutjat civil.
- b) a la Junta Arbitral de Transport.
- c) al jutjat mercantil.
- d) al jutjat contenciós.

24. La Clara aparca el seu vehicle en un estacionament públic, a l'entrada del qual consta en lletres grosses que "L'empresa no es responsabilitza de la seguretat del vehicle". Quan torna al cotxe, la Clara adverteix que li han trencat els vidres i li han sostret l'equip de música tan car que tenia instal·lat de sèrie i que no era extraïble. Pot reclamar aquest import a l'empresa d'estacionament, la Clara?

- a) Només pot reclamar si actuava com a consumidora perquè amb empresaris s'ha de fixar un règim de no-responsabilitat per la custòdia.
- b) Sí, perquè la Llei imposa una responsabilitat pels elements no separables del vehicle.
- c) No, perquè constava clarament abans d'entrar que l'empresa no responia de la seguretat.
- d) No, perquè, si l'equip de música no és extraïble, la Clara s'ha de fer càrrec del risc de sostracció.

25. L'Eduardo 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 Juana com a compradora, que comprova que hi ha una sèrie de defectes en l'habitatge. Contra qui pot reclamar?

- a) Contra l'Eduardo, perquè és el venedor i ha de respondre dels defectes.
- b) Contra l'agència immobiliària, perquè és la que ha signat el contracte.
- c) Contra l'Eduardo, però també hi ha una responsabilitat subsidiària de l'agència per haver actuat d'intermediària.
- d) Contra l'Eduardo i l'agència, que responen solidàriament dels defectes.

26. La Blanca contracta una agència immobiliària com a corredora, perquè busqui persones que estiguin disposades a llogar-li el pis i després negociar-hi personalment ella mateixa. L'agència troba una persona que considera òptima, i hi contracta el lloguer en nom de la Blanca. Quina de les afirmacions següents és l'única certa?

- a) La Blanca està obligada a fer el lloguer perquè ja va autoritzar l'agència a contractar-lo.
- b) La Blanca no està obligada a fer el lloguer, però pot ratificar l'actuació que va fer l'agència i que no podia fer.
- c) La Blanca està obligada a fer el lloguer, però pot renegociar el preu amb el llogater.
- d) La Blanca no està obligada a fer el lloguer, però el llogater pot reclamar pels danys i perjudicis causats si els pot demostrar.

27. 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. Al cap d'aquest temps, el principal dona fi a la relació (que era per temps indefinit). En Julio ens demana si pot al·legar que la relació que tenia, ara que s'ha acabat, era laboral, ja que acudia al local del principal, feia servir els mitjans materials del principal i visitava els clients que li indicava el principal.

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

28. L'empresa Agència ha actuat com a agent mercantil de l'empresa Fabricadora durant vint anys. Acabat el contracte per denúncia de Fabricant, Agència reclama una indemnització per la clientela aportada durant tot aquest temps. És procedent, aquesta indemnització?

- a) No, perquè ja ha obtingut els guanys suficients durant els vint anys de contracte, i la terminació del contracte per Fabricant és lícita.
- b) Sí, ha de ser indemnitzat en tot cas amb l'import mitjà anual de les comissions dels últims cinc anys.
- c) Sí, ha de ser indemnitzat automàticament amb l'import de les comissions de l'últim any.
- d) Depèn del fet que l'agent hagi incrementat la clientela o les comandes per al principal, i que concorrin altres circumstàncies fixades en la Llei.

29. En un contracte de franquícia de béns informàtics, el concedent ha acordat amb el concessionari els preus de revenda dels béns als clients finals. Aquest pacte...

- a) és nul perquè les parts d'un contracte de franquícia no poden fixar el preu de revenda dels béns.
- b) és vàlid perquè les parts del contracte de franquícia tenen llibertat per a fixar les condicions d'actuació del franquiciat.
- c) és vàlid si el preu de revenda és superior al preu d'adquisició del bé pel franquiciat.
- d) fa anul·lable el contracte, i si escau s'ha d'exercir l'acció d'anul·lació en un termini de quatre anys.

30. Assenyaleu quina de les afirmacions següents és l'única correcta:

- a) Segons la jurisprudència actual, el concessionari o franquiciat no té dret en cap cas a indemnització en el moment de terminació del contracte perquè ja ha obtingut un marge comercial lliure que comporta un guany important.
- b) Segons la jurisprudència actual, el concessionari o franquiciat té dret a indemnització en el moment de terminació del contracte, si aquest contracte ha durat més de deu anys.
- c) Segons la jurisprudència actual, el concessionari o franquiciat té dret a indemnització en el moment de terminació del contracte, si ha incrementat la clientela del principal o es donen altres raons que justifiquen la indemnització.
- d) Segons la jurisprudència actual, el concessionari o franquiciat té dret a la terminació del contracte a una indemnització per un import que ha de ser la mitjana de la remuneració anual dels últims cinc anys.

31. La María, en Juan i l'Ana són germans, i han heretat del seu pare una finca. Volen constituir una societat civil per repartir les despeses i gestionar la finca, i ens demanen com haurien de respondre en aquest cas dels deutes socials.

- a) En la societat civil, dels deutes socials només se'n respon amb el patrimoni social.
- b) En la societat civil, segons la doctrina i la jurisprudència, dels deutes socials els socis en responen de manera subsidiària, il·limitada i solidària entre ells.
- c) En la societat civil, segons la doctrina i la jurisprudència, dels deutes socials els socis en responen de manera subsidiària, il·limitada i mancomunada entre ells en proporció al nombre de socis.
- d) En la societat civil, segons la doctrina i la jurisprudència, dels deutes socials els socis en responen de manera subsidiària, il·limitada i mancomunada entre ells en proporció a la participació de cadascun en el capital.

32. La Inés i en Jesús són advocats, i es plantegen si poden constituir una societat civil que actuï, com a tal societat, com a advocat, i si en aquesta societat hi podria participar també, aportant diners, la Virginia, que no és advocada.

- a) No, la societat no pot actuar com a advocat, i només la poden constituir per compartir despeses.
- b) Poden crear la societat, però la Virginia no en pot ser sòcia perquè no té el títol d'avvocada.
- c) Poden crear la societat, si la Inés i en Jesús tenen la majoria de capital, i la Virginia pot aportar capital amb aquesta condició.
- d) Poden crear la societat, i no hi ha requisits pel que fa a la quota de participació dels socis.

33. Assenyaleu quina de les afirmacions següents és l'única correcta:

- a) En el contracte d'assegurança, les clàusules limitadores dels drets de l'assegurat són invàlides.
- b) En el contracte d'assegurança, les clàusules limitadores dels drets de l'assegurat vinculen el prenedor si s'han destacat i estan acceptades expressament per escrit, circumstàncies que ha de provar l'assegurador.

c) En el contracte d'assegurança, les clàusules limitadores dels drets de l'assegurat vinculen el prenedor si s'han destacat i estan acceptades expressament per escrit, circumstàncies que ha de provar el prenedor.

d) En el contracte d'assegurança, les clàusules limitadores dels drets de l'assegurat són vinculants sempre que estiguin destacades, i en canvi les clàusules lesives són nul·les.

34. En el contracte d'assegurança, si l'assegurador no sotmet a un qüestionari el prenedor...

a) aquest prenedor ha de fer constar les circumstàncies normals que defineixen el risc assegurat.

b) aquest prenedor ha de fer constar totes les circumstàncies que defineixen el risc assegurat, de manera tan detallada com es pugui.

c) aquest prenedor queda exempt del deure de declaració del risc.

d) aquest prenedor ha d'exigir un qüestionari per a poder formalitzar l'assegurança.

35. Al cap de tres anys d'un sinistre que estava assegurat la companyia asseguradora encara no ha satisfet cap indemnització al perjudicat, sense haver-hi una causa justificada per a no haver-ho fet. Quin interès de demora ha de satisfer?

a) Ha de pagar l'interès legal incrementat en un 50%.

b) Ha de pagar el 20% anual des del moment del sinistre.

c) Els dos primers anys ha de pagar l'interès legal incrementat en un 50%, i a partir del tercer any, un 20% anual.

d) Ha de pagar l'interès fixat pel Banc Central Europeu incrementat en un 7%.

36. L'empresa Empresa ha assegurat la seva maquinària, que val 100.000 euros, per 150.000 euros. No ha contractat una pòlissa estimada. Empresa ha tingut un incendi que ha deixat inservibles totes les màquines i instal·lacions. Quant li ha de pagar l'asseguradora per les màquines?

a) Li ha de pagar 150.000 euros, perquè és la quantitat que es va assegurar, i la prima es va fixar basant-se en aquesta quantitat.

b) Li ha de pagar 100.000 euros, perquè és el valor real de la maquinària.

c) Li ha de pagar 125.000 euros, que és un valor intermedi entre el dany real i l'assegurat.

d) No li ha de pagar res, perquè hi ha hagut falsedat en la declaració, ja que el prenedor buscava un enriquiment injust.

37. En Juan va ser operat el gener de 2010, i per negligència del metge ha tingut algunes complicacions en el postoperatori, que van durar fins a mitjan 2011. El febrer de 2012 reclama a l'asseguradora del metge una indemnització pecuniària. L'asseguradora contesta que el període de l'assegurança del seu metge es va acabar el desembre de 2010 (cosa que és certa) i que només cobria reclamacions entaulades durant l'any següent a la terminació (també és cert que hi havia aquesta clàusula en l'assegurança del metge). Pot guanyar la reclamació contra l'asseguradora, en Juan?

a) Sí, perquè el dany es va produir en un moment en què el metge estava assegurat per aquesta companyia concreta.

b) Sí, si no s'havia destacat la clàusula que s'al·lega i si no havia estat acceptada expressament pel prenedor de l'assegurança.

c) No, perquè reclama fora del període de cobertura.

d) No, perquè la clàusula pactada exigia la reclamació durant l'any següent a l'acabament de la cobertura.

38. En Jesús tenia contractada una assegurança d'accidents, i s'ha mort d'un infart. Davant la reclamació de la seva vídua, la companyia asseguradora al·lega que la mort s'ha degut a una malaltia, i no a un accident. Quina de les afirmacions següents és certa, segons la jurisprudència del Tribunal Suprem?

a) La mort per infart implica mort per malaltia, i no queda coberta per una pòlissa d'assegurança d'accidents.

b) La mort per infart pot ser accident, si l'infart es va deure a una causa externa a l'assegurat, com l'estrès o l'excés d'exercici, i aquesta circumstància l'ha d'acreditar el beneficiari.

c) La mort per infart pot ser accident, si l'infart va ser per una causa externa a l'assegurat, com l'estrès o l'excés d'exercici, i ha de ser l'assegurador qui demostrï que l'assegurat ja patia un risc coronari previ i que, per tant, l'infart va ser per debilitat del cor.

**d)** La mort per infart és sempre mort per accident, i està coberta per una pòlissa d'assegurança d'accidents.

**39.** En Pedro i en Juan fa anys que discuteixen per unes terres que estan enclavades a les seves finques. Acorden una transacció, i es reparteixen l'ús d'aquestes terres. Al cap d'un any, en Pedro es penedeix de la decisió presa, i vol plantejar un litigi perquè considera que segons els títols de propietat totes les terres per les quals discuteixen són propietat seva. Pot plantejar aquest litigi?

- a) No, perquè la transacció l'obliga als pactes, i no pot incomplir l'acord adoptat.
- b) Sí, perquè si és propietari té dret a defensar la seva propietat.
- c) No, perquè la transacció només es pot impugnar durant els sis mesos següents a haver-la concertat.
- d) Sí, perquè tot acord transaccional es pot impugnar en el termini de dos anys.

**40.** La Laura, que actua com a consumidora, va comprar un telèfon mòbil, i en el contracte de compravenda s'inclou una condició general de submissió de qualsevol disputa entre les parts a arbitratge. Davant l'impagament de les quotes mensuals, l'empresa de telefonia li reclama mitjançant arbitratge el pagament d'aquestes quotes. Es pot oposar a aquest arbitratge, la Laura?

- a) No, perquè el deute hi és i la Laura l'ha de satisfer.
- b) No, perquè han sotmès vàlidament la qüestió a arbitratge, i la Laura va admetre aquest sotmetiment sense cap problema.
- c) Sí, tret que sigui un arbitratge de consum o un altre d'institucional creat per llei per a aquest sector, perquè si passa altrament la condició general assenyalada és abusiva.
- d) Sí, perquè una disputa amb consumidors no es pot decidir en cap cas per arbitratge.



## **Solucionari**

### **Exercicis d'autoavaluació**

1. d

2. a

3. b

4. c

5. d

6. d

7. a

8. d

9. c

10. c

11. d

12. a

13. b

14. d

15. d

16. c

17. b

18. c

19. d

20. d

21. d

22. a

23. b

24. b

25. a

26. b

27. c

28. d

29. a

30. c

31. d

32. c

33. b

34. c

35. c

36. b

37. b

38. b

39. a

40. c

## Bibliografia

### Bibliografia bàsica

**Bercovitz Rodríguez-Cano, A.** (dir.) (2009). *Contratos mercantiles*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

**Bercovitz Rodríguez-Cano, R.** (dir.) (2013). *Tratado de contratos*. València: Tirant lo Blanch.

**Cuesta Rute, J. M. de la (dir.) - Valpuesta Gastaminza, E. (coord.)** (2007 i 2009). *Contratos mercantiles*. Barcelona: Bosch.

**Díez Picazo, L.** (2012). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Cizur Menor (Navarra): Civitas.

**Menéndez Menéndez, A. - Rojo, A. (dir.)** (2019). *Curso de Derecho Mercantil. Vol. II*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

### Bibliografia complementària

**Alonso Ureba, A.** (dir.) (2010). *Los contratos de distribución*. Madrid: La Ley.

**Bercovitz Rodríguez-Cano, R.** (dir.) (2013). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Pamplona: Aranzadi.

**Sánchez Calero, F.** (dir.) (2010). *Ley de contrato de seguro*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

**Sequeira, A. - Gadea, E. - Sacristán, F.** (dir.) (2007). *La contratación bancaria*. Madrid: Dykinson.

