

Contratos mercantiles

Eduardo Valpuesta Gastaminza

PID_00200217



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-Compartir igual (BY-SA) v.3.0 España de Creative Commons. Se puede modificar la obra, reproducirla, distribuirla o comunicarla públicamente siempre que se cite el autor y la fuente (FUOC. Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya), y siempre que la obra derivada quede sujeta a la misma licencia que el material original. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/es/legalcode.ca>

Índice

Introducción	5
Objetivos	6
1. Marco general de la contratación mercantil	7
1.1. La existencia de una contratación mercantil	7
1.2. Contratación mediante condiciones generales	8
1.3. Contratación con consumidores	9
1.4. Contratación a distancia. Contratación electrónica	10
2. Mercado de bienes	12
2.1. Transmisión de bienes mediante compraventa	12
2.1.1. Concepto y régimen de la compraventa	12
2.1.2. Las obligaciones de entrega y saneamiento en la compraventa	12
2.1.3. El paso del riesgo en la compraventa	13
2.1.4. Regímenes especiales de ciertas compraventas	14
2.1.5. Contratos afines a la compraventa	15
2.2. Contratos relativos a derechos de propiedad industrial	16
2.3. Contratos relativos a derechos de propiedad intelectual	17
3. Mercado de servicios	19
3.1. Importancia del mercado de servicios	19
3.2. Contrato de arrendamiento de servicios. Contrato de <i>outsourcing</i> ("externalización" de servicios)	19
3.3. Contratos de intermediación	20
3.3.1. Contratos de mandato y comisión	20
3.3.2. Contrato de corretaje	22
3.3.3. Contrato de agencia	22
3.4. Contratos de distribución, concesión comercial y franquicia	24
3.5. Contratos publicitarios	26
3.6. Contrato de transporte terrestre de mercancías	27
3.6.1. Concepto y normas reguladoras	27
3.6.2. Elementos personales y formales	28
3.6.3. Obligaciones de las partes	28
3.7. Contratos informáticos	29
3.8. Contratos de guarda y custodia de bienes	31
3.9. Contratos turísticos	32
4. Mercado financiero	33

4.1.	Formas de financiación de la empresa: mercado de crédito y mercado de valores	33
4.2.	Mercado de crédito	34
4.2.1.	Los contratos de crédito. El préstamo	34
4.2.2.	Crédito al consumo	36
4.2.3.	Operaciones de <i>leasing</i>	37
4.2.4.	Operaciones de <i>factoring</i>	38
4.2.5.	Contratos bancarios	39
4.2.6.	Garantías personales	46
4.3.	Mercado de valores	47
4.3.1.	Una aproximación al concepto y función de los mercados de valores. La Ley de Mercado de Valores	47
4.3.2.	Sujetos que actúan en los mercados. Normas de actuación	48
4.3.3.	Operaciones en el mercado primario de valores	50
4.3.4.	Operaciones en el mercado secundario bursátil	51
4.3.5.	Ofertas públicas de adquisición	52
4.3.6.	Referencia a las opciones y futuros financieros	52
5.	Mercado del riesgo	54
5.1.	Contratos aleatorios y mercado del riesgo	54
5.2.	Concepto y características del contrato de seguro	55
5.3.	Sujetos intervinientes en el contrato de seguro	56
5.4.	Seguros de daños	57
5.5.	Seguros de personas	59
	Resumen	61
	Actividades	63
	Ejercicios de autoevaluación	63
	Solucionario	65
	Glosario	67
	Bibliografía	69

Introducción

Las empresas y consumidores continuamente suscriben contratos de muy diverso tipo para realizar su actividad. Una empresa que fabrica bienes pide financiación a bancos o, mediante emisión de valores, compra materias primas, las elabora, las vende, las transporta para el comprador, las publicita, contrata un seguro, etc. De igual forma, un consumidor compra bienes, para los que a veces pide financiación, atiende a la publicidad, toma seguros sobre los bienes y riesgos propios, contrata servicios turísticos, etc. La actividad económica en el tráfico privado se traduce, así, en la concertación y ejecución de contratos de muy distintas características.

Todos estos contratos sólo se entienden en su conjunto, pues sólo integrados satisfacen las necesidades del empresario y del consumidor. No se trata de contratos independientes que satisfacen necesidades concretas, sino de las diferentes prestaciones que deben darse para que una actividad económica relativamente compleja pueda desarrollarse de forma adecuada. A los efectos de la exposición de las características más relevantes de cada uno, se realiza una división en función de los "mercados" que se pueden distinguir: mercado de bienes y derechos, mercado de servicios, mercado de financiación y mercado de riesgo.

Con carácter previo a la explicación de cada contrato, se realiza una exposición general de cuál es el marco general de la contratación mercantil. En nuestros días existe aún una distinción legal entre contratos civiles y mercantiles, y toda una serie de características generales de la contratación en el ámbito privado, que se exponen en ese primer módulo.

Glosario

En el apartado glosario, se ha evitado utilizar la expresión "contrato de...", de forma que cada contrato se expone por la voz de su nombre.

Objetivos

Los objetivos de este módulo son los siguientes:

- 1.** Comprender las características generales de la contratación mercantil y los problemas que plantean la contratación mediante condiciones generales y la contratación por medios electrónicos.
- 2.** Discernir claramente el contenido de cada uno de los contratos que se practican en la actualidad, aprehendiendo su utilidad y los objetivos que se persiguen con cada uno.
- 3.** Conocer las leyes fundamentales que rigen cada contrato para acudir a ellas cuando deban aplicar su regulación.
- 4.** Adquirir una visión panorámica de los distintos contratos sobre bienes, derechos y servicios, y comprender cómo interactúan entre ellos para que el mercado económico pueda funcionar correctamente.
- 5.** Contemplar la diversidad de servicios que se ofrecen hoy en día y entender cuán necesarios resultan para cubrir las necesidades de empresas y de consumidores.
- 6.** Comprender cómo se financian las empresas, acudiendo bien a los créditos bancarios, bien a la emisión de valores, con las distintas implicaciones y consecuencias que tiene cada una de esas formas de endeudamiento.
- 7.** Entender cómo realizan las entidades de crédito la mediación en el mercado de dinero, recibiendo dinero de los ahorradores en forma de depósito y prestando ese mismo dinero a los sujetos deficitarios por medio de préstamos, créditos y descuento de efectos.
- 8.** Discernir cada una de las operaciones bancarias básicas y comprender, además, la lógica económica respectiva para la financiación de las empresas y de los consumidores.
- 9.** Diferenciar qué es un mercado de valores y distinguir entre mercados primarios y secundarios de valores para entender la operativa básica propia de cada uno de ellos.
- 10.** Comprender qué es el contrato de seguro y cómo con él consumidores y empresas obtienen seguridad a cambio del pago de una prima.

1. Marco general de la contratación mercantil

1.1. La existencia de una contratación mercantil

En nuestro derecho privado seguimos distinguiendo, desgraciadamente, una regulación civil de los contratos y otra mercantil. Las razones de esta diferenciación son puramente históricas: la mentalidad del sujeto privado del siglo XIX era de subsistencia, contrapuesta a la mentalidad de lucro del comerciante. Ello originaba dos tipos de contratación, basados en tempos distintos, más rigurosa con el contratante y más exigente en cuanto al cumplimiento. Hoy en día, la distinción no tiene sentido, pues la mentalidad de lucro está generalizada. De hecho, las leyes modernas de contratos suelen regular figuras concretas sin distinguir si son civiles o mercantiles (contrato de seguro, contratos del mercado de valores, contrato de transporte, etc.). De igual forma, el derecho privado comunitario proyectado, que cristaliza por ahora en el *draft common frame of reference* y en la “Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea”, propone una regulación única de los distintos contratos.

De hecho, las diferencias legales que antaño existían en las reglas generales de las obligaciones y contratos mercantiles frente a las civiles han ido desapareciendo, bien por reformas legales, bien mediante interpretación jurisprudencial, de manera que hoy en día podemos decir que no existe una teoría general de la contratación mercantil distinta de la civil. De todos modos, en la regulación de varios contratos, todavía sigue coexistiendo una doble regulación, como veremos (compraventa, depósito, comisión, etc.), que a menudo no aporta diferencias relevantes.

Para exponer cuáles son los diferentes negocios que se realizan en el tráfico negocial privado, vamos a compartimentarlo, a efectos puramente didácticos, en cuatro mercados:

- a) el mercado de bienes y derechos es aquel donde se transmite la titularidad o el uso de bienes y derechos;
- b) el mercado de servicios es aquel donde se ofrecen servicios muy variados, auxiliares normalmente del tráfico de bienes (hay que publicitar los bienes, distribuirlos, transportarlos, custodiarlos);
- c) el mercado financiero facilita que las empresas y consumidores obtengan financiación para su actividad,

d) y el mercado del seguro permite que los sujetos puedan precaverse frente a las consecuencias negativas de posibles eventos dañosos futuros.

En realidad, la actividad de cualquier consumidor y de cualquier empresario sólo se entiende contemplando los cuatro mercados a la vez, como complementarios: casi nada se podría fabricar si no hubiera un mercado para financiar a las empresas; casi nada se podría vender si no hubiera publicidad, distribución y transporte; casi nadie podría actuar sin asegurarse frente a eventos dañosos futuros.

Si estudiamos los contratos con base en los "mercados" es porque, como vimos en el módulo 1, el mercado es el actual sistema económico de intercambio de bienes y servicios con libertad de actuación, libre juego de oferta y demanda, y transparencia y publicidad.

1.2. Contratación mediante condiciones generales

En una economía masificada, donde continuamente se realizan negocios de los más diferentes tipos y condiciones, es fundamental que la contratación se realice mediante cláusulas predispuestas por el empresario que ofrece el bien o servicio. No puede discutirse individualmente cada uno de los millones de contratos que se realicen (de transporte, seguro, venta, etc.). Por ello, estas cláusulas no sólo están prerredactadas, sino que el cliente las toma o las deja; no son un punto de partida para la discusión, sino un "todo o nada". El artículo 1.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC) las define como "las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes..., habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos". No sólo suponen un gran ahorro de tiempo, sino también una uniformización de las prestaciones del empresario que le permite abaratar sus costes. Pero siendo necesarias, el problema que plantean es que, al ser redactadas previamente por el empresario, pueden contener cláusulas que favorecen a éste de forma no equitativa.

Para que estas condiciones generales vinculen al adherente, sea empresario o consumidor, es preciso que se cumplan dos tipos de controles. En primer lugar, un "control de inclusión" (arts. 5 a 7 LCGC), que asegure que el adherente ha tenido ocasión de conocer el contenido de las condiciones y ha recibido un ejemplar de las mismas. Esto incluye, además, que la redacción sea clara y comprensible.

Una vez superado este control, existe un segundo control "de legalidad", en el sentido de que las condiciones contrarias a la norma imperativa serán nulas. Pero en muchos casos existen condiciones legales que, sin embargo, resultan "abusivas", excesivas, especialmente cuando las acepta un consumidor, que, en principio, tiene menos información y está menos preparado que el empresario (ved lo dicho en el módulo 1). Por eso existe una protección adicional cuando el adherente es un consumidor, pues no sólo son nulas las condiciones contra-

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

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

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

Ejemplo

Las clausulas abusivas, como queda dicho, en principio serían válidas, pues no contrarían derecho imperativo; pero son nulas porque, pactadas con un consumidor, se desconfía de que éste realmente haya comprendido su alcance o de que las haya aceptado con plenitud de consentimiento. Así, es válido pactar que las partes en caso de juicio acudirán a los tribunales de Madrid (aunque el adherente esté domiciliado en Pamplona); pero si esto lo pacta un consumidor, es nulo por abusivo (arts. 90.2 TRLGDCU y 54.2 LEC), pues para él sería muy perjudicial tener que litigar en Madrid si no funciona el bien adquirido.

Cuando una condición general se declara nula, el contrato sigue vigente, si bien la cláusula queda excluida. Es una aplicación de la regla de la nulidad parcial.

1.3. Contratación con consumidores

Como hemos visto en el módulo 1, el legislador español y el comunitario parten de que es preciso proteger de forma especial el interés del consumidor, al que se considera la parte "débil" en la contratación, a menudo deslumbrado por las dotes de persuasión o por la publicidad del empresario, carente de información sobre el producto o servicio, objeto de técnicas agresivas de venta, etc. Si bien esta visión es, en ocasiones, demasiado "victimista", el hecho es que el legislador dicta normas específicas para proteger al consumidor.

Buena parte de las normas que se hallaban dispersas se han recogido en el año 2007 en el "Texto Refundido de Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios" (a partir de ahora, TRLGDCU). Ahí, por ejemplo, se regulan las "cláusulas abusivas", a las que hemos hecho referencia en el apartado anterior; se contiene un régimen específico para los negocios celebrados fuera

del establecimiento, donde se utiliza el "factor sorpresa" al abordar al consumidor en su domicilio, en la calle o en su trabajo (por eso se le permite desistir del contrato celebrado, sin coste alguno; ved los artículos 110 y siguientes del TRLGDCU); o se regulan los viajes combinados concertados con consumidores (arts. 150 y ss. TRLGDCU).

Por esta razón, siempre que en un contrato intervenga un consumidor, debemos tener en cuenta que puede existir una normativa específica de ese contrato para tal caso; y, con carácter general, deberemos aplicar las reglas generales del texto refundido señalado.

1.4. Contratación a distancia. Contratación electrónica

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

Así, la identidad del emisor y la fidelidad (esto es, que el contenido del mensaje que se recibe no esté manipulado por terceros) y confidencialidad de los mensajes electrónicos se pueden lograr utilizando una "firma electrónica reconocida", que equivale, a efectos jurídicos, a la firma manuscrita. Este concepto, así como las garantías que deben cumplirse para que los dispositivos de creación de firma puedan ser considerados como seguros a estos efectos se regulan en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Normas Regulatoras de Firma Electrónica (que transpone una directiva comunitaria de 1999). Cualquier mensaje enviado por vía electrónica (un simple correo electrónico, por ejemplo) es una firma electrónica, una comunicación de voluntad realizada por esa vía; pero sólo equivale a la firma manuscrita si el emisor dispone de los mecanismos de cifrado y envío que aseguran una imposibilidad de manipulación por terceros. Y esto es lo que, entre otras cuestiones, regula dicha norma.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en adelante LSSICE) ha supuesto una regulación global y novedosa del marco de la contratación electrónica. Como su propio nombre indica, no se refiere sólo (y ni siquiera de forma preponderante) al comercio electrónico, sino a la actuación en la comunicación y oferta de servicios o productos en la Red.

Junto a esta ley, debemos tener en cuenta otras normas sectoriales, como la Ley de Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores, de 11 de julio del 2007, a la que haremos referencia en el apartado 4.2.5.

La ley, en efecto, regula más bien el estatuto de los que ofrecen productos o servicios en la Red ("prestadores de servicios") y de las empresas que permiten el suministro de esa información ("operadores de red"). Así, el prestador debe identificarse claramente haciendo constar su identidad y domicilio. El operador de red debe guardar información sobre los mensajes cursados con él (no de su contenido, que es secreto, sino de que fueron enviados, entre quiénes y cuándo) durante un año. Si un prestador emite información o servicios contrarios al orden público o al respeto a la dignidad de la persona, entre otros límites (ved art. 8 LSSICE), se podrá ordenar al operador que no transmita esa información en el territorio español. Por supuesto, además, se podrá actuar por la vía penal o la que proceda contra el prestador, pero sólo si está sometido al derecho español (si tiene su domicilio en España, por ejemplo). El operador de red no responde de ese contenido ilícito, en principio, pues él no ha intervenido en su elaboración ni tiene por qué conocer tal contenido. También existe un régimen especial si el prestador está domiciliado en otro país de la Unión Europea.

A los efectos que interesan en estos materiales, fundamentalmente contractuales, cabe destacar que el oferente debe identificar su oferta comercial como tal, y que el contrato se perfecciona cuando el oferente conoce la aceptación (o debe conocerla sin faltar a la buena fe). Pero, además, si el aceptante es un consumidor, se le aplican otras normas defensoras de su interés (las de ventas a distancia que se tratan en el apartado 2.1.4).

2. Mercado de bienes

2.1. Transmisión de bienes mediante compraventa

2.1.1. Concepto y régimen de la compraventa

La "compraventa" es aquel contrato por el cual una de las partes se obliga a la entrega de una cosa y la otra, a satisfacer un precio cierto a cambio de la misma.

Este es el concepto genérico de compraventa. Como en muchos otros contratos, aparece regulado por partida doble tanto en el Código civil como en el Código de comercio; por eso este último establece que será mercantil la compraventa de bienes muebles para revenderlos, realizada con ánimo de lucro en dicha reventa (art. 325 CdeC).

Ejemplo

El Código de comercio piensa en la compraventa mercantil como aquella en la que el comprador es un mediador entre el fabricante y el consumidor final: compra al fabricante para revender al consumidor, con lo que espera obtener un lucro por la diferencia entre el precio que paga y el precio al que vende. No importa que el bien que compre lo transforme para revenderlo en otra forma distinta. Así, es mercantil la compraventa de pienso para engordar cerdos, pues luego tales animales serán vendidos (el pienso se revende convertido en carne de cerdo).

2.1.2. Las obligaciones de entrega y saneamiento en la compraventa

El vendedor está obligado a la entrega del bien, esto es, a transmitir su propiedad al comprador. La compraventa, por sí misma, no transmite la propiedad del bien, sino que obliga a esa transmisión; es el título de la misma. Para que el comprador adquiera, se precisa, según el principio general, título y modo; en este caso, contrato de compraventa y entrega efectiva de la cosa. Antes de la entrega existe un derecho personal a que la cosa sea entregada; después de ella, un derecho real sobre el bien mismo.

El vendedor, al entregar, responde del "saneamiento" del bien, esto es, de que el bien es suyo y no tiene defecto alguno. Este saneamiento comprende dos aspectos: el saneamiento por evicción y por vicios. El primero de ellos significa que si el vendedor no era propietario, y el verdadero propietario reclama la cosa

al comprador vencíéndole en juicio, el vendedor deberá devolver al comprador vencido el precio satisfecho e indemnizarle por los perjuicios causados (art. 1475 Cc).

Hay que señalar que el artículo 85 CdeC excluye la responsabilidad por evicción en el caso de adquisiciones realizadas en tiendas abiertas al público, pues el comprador adquiere la cosa de forma irrevindicable. El verdadero propietario, si fuera distinto del vendedor, deja de serlo y sólo podrá reclamar contra el vendedor por haber enajenado un bien que no era suyo.

El saneamiento por vicios significa que si la cosa tiene algún vicio o defecto, el vendedor debe responder de ellos. Si tales defectos son aparentes, esto es, apreciables a simple vista, el comprador deberá rechazar la mercancía en el acto de la entrega, pues si no, ya no podrá reclamar posteriormente. El Código de comercio admite que si la mercancía está embalada y no la examina el comprador al recibirla, tiene un plazo de cuatro días para realizar la reclamación (art. 336.2 CdeC). Si los vicios son ocultos, no apreciables a simple vista, el plazo de reclamación es de tan sólo treinta días en la compraventa mercantil (art. 342 CdeC) y de seis meses en la compraventa civil (art. 1490 Cc).

En el supuesto de vicios aparentes, el comprador puede optar entre exigir el cumplimiento correcto o resolver, con indemnización en ambos casos de daños y perjuicios. En el caso de vicios ocultos, el comprador puede resolver o rebajar una cantidad proporcional del precio en compensación por el vicio existente (art. 1486 Cc).

En todo caso, en esta materia de responsabilidad por vicios, existe una regulación especial cuando el adquirente es un consumidor, pues se considera que la especial defensa del interés de los consumidores (ved el apartado 1.3) exige normas que le defiendan por encima del estándar general fijado en la ley general. Los artículos 114 y siguientes TRLGDCU establecen estas normas especiales al imponer que los bienes vendidos a un consumidor deben ser conformes con el contrato de compraventa. Esta "conformidad" abarca no sólo que el bien se corresponda con la descripción o características del comprado, sino que además sea apto para el uso ordinario propio del mismo y presente la calidad y prestaciones habituales de los bienes de ese tipo. Si el bien no cumple tal "conformidad", el comprador puede optar por repararlo o sustituirlo de forma gratuita; y si la reparación o sustitución no es satisfactoria o no se realiza en un plazo razonable, podrá pedir una rebaja del precio o la resolución del contrato. A esta "garantía legal" cabe añadir, por pacto, un régimen más beneficioso, de forma que se convierte en un mínimo.

2.1.3. El paso del riesgo en la compraventa

La doctrina del riesgo determina quién debe soportar las consecuencias de la pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor. Si el riesgo lo soporta el vendedor, el comprador podrá resolver el contrato (con lo que el vendedor se queda sin bien y sin precio) o exigir la entrega de otra cosa igual (si era

genérica, con lo que el vendedor perdería dos cosas y recibiría el precio de una). Si lo soporta el comprador, deberá pagar el precio, aunque no haya recibido el bien, o, una vez recibido, lo haya perdido.

La doctrina entiende que en la compraventa civil el riesgo pasa al comprador con la perfección del contrato. Desde entonces, la pérdida de la cosa por caso fortuito le perjudica a él en los susodichos términos. En cambio, en la compraventa mercantil, el paso del riesgo lo opera la entrega de la cosa (arts. 331 y 333 CdeC) y no la perfección del contrato.

2.1.4. Regímenes especiales de ciertas compraventas

Cabe destacar, aunque no podamos detenernos en ello, que existe un tratado internacional, firmado por España en 1990, sobre el régimen de la compraventa internacional, que se aplica, fundamentalmente, en el caso de que un ciudadano español celebre una compraventa con un ciudadano extranjero que sea nacional de un país igualmente firmante del tratado: Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional.

Igualmente, es resaltable que, en el comercio internacional (y también en el nacional), cuando vendedor y comprador se hallan en plazas distintas, lo normal es que adopten una serie de reglas acuñadas por la práctica comercial internacional que se denominan INCOTERMS. En tal caso, lógicamente, en lo establecido en estas reglas no se aplica el Código de comercio, ni la normativa nacional de los contratantes.

INCOTERMS

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

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

Existe una regulación específica del comercio minorista (esto es, de la actividad profesional consistente en ofertar la venta de bienes a los destinatarios finales), realizada por la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), de 15 de enero de 1996. En la misma se contienen un conjunto muy heterogéneo de normas, que abarcan tanto las condiciones para establecer "grandes superficies" (hipermercados) en una localidad como ciertas ventas especiales (ventas en rebajas, en liquidación, de saldos, a distancia, etc.). De especial interés es la regulación que se realiza de las "ventas a distancia" en sus artículos 38 a 48, donde se establece, entre otras normas, la prohibición de enviar mer-

cancias no solicitadas (si se envían, el receptor no tiene obligación de pagarlas ni de devolverlas) y el derecho de desistimiento libre durante los siete días siguientes a la recepción de la mercancía.

Ejemplo

Por poner algún ejemplo de la regulación de ciertas ventas, esta ley regula las ventas en las rebajas, al establecer que los productos deben ser de igual calidad que los ofrecidos anteriormente y debe constar siempre el precio antiguo y el nuevo.

Las ventas a distancia engloban ventas por catálogo, por televisión, por Internet, etc. El desistimiento en las ventas a distancia no puede suponer penalización alguna para el adquirente, pero se puede pactar que sean de su cargo los gastos de devolución del bien. Debe destacarse que esta regulación del comercio minorista se superpone a las reglas genéricas establecidas sobre contratos a distancia en los artículos 92 a 106 TRLGDCU, que en realidad copian los preceptos de la LOCM.

También debe destacarse la existencia de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos (en adelante LVPBM), de 13 de julio de 1998, cuyas reglas son imperativas. Esta ley se refiere a la venta de ciertos bienes de carácter duradero cuando son comprados a plazos en las condiciones establecidas por la misma, y excluye las compraventas destinadas a la reventa al público (esto es, las mercantiles). Se exige que el contrato conste por escrito, con un contenido mínimo fijado por la ley. El comprador puede desistir de la adquisición en un plazo de siete días, desde la entrega del bien. También puede anticipar, en cualquier momento, los plazos que le falten por pagar, con lo que se ahorrará el pago de los intereses que correspondan a esos plazos, si bien se ha de satisfacer una compensación por anticipación.

Posiblemente, lo más importante de esta ley es la regulación del registro de venta a plazos de bienes muebles, integrado en el Registro de Bienes Muebles, y la eficacia que se da a las inscripciones que se practiquen en el mismo. Las partes pueden pactar que la propiedad del bien no se adquiera hasta el pago del último plazo (cláusula de "reserva de dominio"). Si el contrato se inscribe en el citado registro, esta cláusula será oponible a cualquier tercero, aunque de hecho no la conozca.

Ejemplo

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

2.1.5. Contratos afines a la compraventa

Aparte de estos regímenes especiales de ciertas compraventas, existen negocios jurídicos que, en parte, se asimilan a la compraventa. La **permuta** es el contrato por el cual "cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra" (art. 1538 Cc). Dada su similitud con la compraventa los códigos,

no la regulan de forma específica, sino que tan sólo declaran aplicable a la misma las reglas de la compraventa (arts. 1451 Cc y 346 CdeC), si bien las obligaciones de las partes son, para ambas, las del vendedor, ya que no hay comprador (persona que pague precio), sino sólo "vendedores" (personas que entregan bienes).

El **suministro** consiste en el pacto por el que se fijan una serie de plazos para la entrega y pago de cierta cantidad de bienes en cada plazo. Se trata así de algo parecido a una serie de compraventas sucesivas, ya prefijadas en sus plazos y cantidades. A diferencia de la compraventa a plazos, en el suministro, cada remesa es, en buena medida, independiente de las demás.

En el **contrato estimatorio**, una parte entrega a otra una serie de bienes para que ésta los venda, y, al cabo de un tiempo, debe devolver el precio de los bienes que ha vendido y el resto de bienes no vendidos.

2.2. Contratos relativos a derechos de propiedad industrial

Con el nombre genérico de "propiedad industrial" se designa en España normalmente el conjunto de cuatro derechos: **marca, nombre comercial, patente y know-how**. Ya hicimos referencia a la marca y al nombre comercial como signos distintivos al hablar del mercado (ved módulo 1).

Las **patentes** son invenciones nuevas que implican una actividad inventiva y son susceptibles de aplicación industrial. Se regulan en la Ley de Patentes de 20 de marzo de 1986. Su inscripción en el Registro de Propiedad Industrial da un derecho de explotación exclusiva de las mismas durante veinte años; transcurridos éstos, pasan a ser de dominio público.

Las invenciones que no tienen aplicación industrial (las obras de arte, las obras literarias, etc.) no pueden ser patentadas, y la defensa de los derechos del autor se suele encauzar como propiedad intelectual (ved más adelante el apartado 2.3).

El **know-how** (también llamado "saber-hacer" o "secreto industrial") es un conjunto de información práctica no patentada (porque no supone verdadera creación, o porque se quiere mantener secreta), útil para la producción del bien o servicio. Muchas veces son reglas fijadas por la experiencia de la empresa, que se mantienen en secreto (por ejemplo, cómo colocar los bienes en las estanterías para que el cliente se fije más en ellos, los "trucos" para lograr un sabor especial en las comidas, etc.).

Este conjunto de derechos constituye una especie de atributos propios y unidos a la empresa, que le otorgan un valor añadido a la simple suma del valor de los bienes que la componen. Cuando la empresa se transmite, normalmente se transmiten con ella las marcas de sus productos, las patentes para la fabricación de éstos, el **know-how** y el nombre comercial de la empresa. Pero estos derechos también se pueden transmitir de forma independiente o en relación con otros negocios (por ejemplo, puede realizarse una licencia de patente pa-

ra que el licenciario fabrique el bien patentado o concederse una licencia de marca y de *know-how* para que el licenciario, mediante un contrato de franquicia, venda los bienes distinguidos por esa marca con el "saber hacer" de la empresa licenciante). La transmisión de estos derechos suele denominarse, genéricamente, transferencia de tecnología.

Normalmente, estos derechos se transmiten mediante contratos de licencia, que permiten el uso de la marca, patente, etc., sin transmitir su titularidad (que conserva el licenciante). El licenciario puede usar la marca, patente o *know-how* por el tiempo pactado y en la zona determinada en el contrato. Se aplica la regla del "agotamiento comunitario": la venta del bien patentado o marcado con el producto dentro del Espacio Económico Europeo agota el derecho de exclusividad del licenciante y del licenciario. El adquirente del bien puede revenderlo dentro del espacio comunitario.

Ejemplo

La regla del agotamiento del derecho es fundamental para el derecho de competencia. Una persona puede, por ejemplo, comprar pantalones vaqueros de una conocida marca y revenderlos, después, en otro lugar dentro de la Unión Europea. La exclusividad del fabricante de pantalones o de sus licenciarios sólo alcanza a la primera venta: el adquirente puede revenderlos. De esta forma, si el distribuidor en exclusiva de esa marca en un país concreto comunitario Z los vende muy caros, un empresario los compraría en otro país donde están baratos y los revendería en Z más baratos que el distribuidor exclusivo.

Los acuerdos de licencia de derechos de propiedad industrial producen efectos anticompetitivos, pues lo común es que se fije una zona exclusiva para el licenciario, dentro de la que sólo puede vender él (el licenciante no puede hacerlo; y usualmente cada licenciario se obliga a no realizar ventas activas fuera de la zona). Por eso se dictó un reglamento comunitario, de 7 de abril del 2004, que al igual que el que luego veremos en materia de distribución, establece qué pactos concretos cabe establecer para que, suponiendo una restricción a la competencia, sin embargo se logre una forma más adecuada de distribución o producción de los bienes.

Excepciones al reglamento

Este reglamento no se aplica si la transferencia de tecnología va unida sustancialmente a un contrato de distribución (por ejemplo, licencias de marca que concede un franquiciador para vender los productos de su marca). Se aplicaría el reglamento de distribución de 2010, únicamente.

2.3. Contratos relativos a derechos de propiedad intelectual

La propiedad intelectual es el conjunto de derechos que corresponden al creador de una obra literaria, artística o científica, por el mero hecho de su creación.

Lo esencial es la creatividad, que tiene un componente subjetivo (que uno cree algo nuevo) y otro objetivo (que lo creado ya no haya sido creado por otro). Para que exista propiedad intelectual, la doctrina suele considerar que lo fundamental es que exista creatividad objetiva. A menudo, la propiedad intelectual se relaciona sólo con las obras de artes o las literarias, pero abarca también otros muchos supuestos (como la creación de programas informáti-

cos o de páginas web, las fotografías, etc.). Este derecho está regulado por el Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante TRLPI).

Para proteger su creación, el autor puede inscribir su derecho, entregando un ejemplar "físico" del mismo, una partitura, una descripción, el ejemplar de la fotografía, etc., en el Registro de la Propiedad Intelectual. De esta forma, hace pública su condición de autor y deja constancia de ser el creador de la obra. Además, el TRLPI crea la institución de las "entidades de gestión de los derechos de los autores", que se ocupan de gestionar y defender los intereses de los creadores.

La defensa de la propiedad intelectual ha cambiado mucho en los últimos años. Inicialmente se partía de la prohibición de copia de las obras, de forma que sólo cabía utilizar la obra con la previa autorización del creador. Pero cuando se apreció que a menudo es imposible impedir la copia –la "bajada" de música por Internet, la fotocopia de libros, etc.–, se optó por una vía indirecta: la creación de un "canon" o precio que se satisfacía por el adquirente de mecanismos que pueden servir para la copia ilegal de derechos de autor (ordenadores, DVD, fotocopiadoras, etc.), canon que luego se repartía entre los autores, compensándoles así por el descenso de ventas que sufren a causa de las copias (que, pese a esto, siguen siendo a menudo ilegales). El RD Ley 20/2011 ha suprimido ese canon, estableciendo que el gobierno fijará reglamentariamente el procedimiento de pago a los perceptores de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (por lo tanto, no se cobra un canon a los usuarios, sino que el Gobierno paga directamente la compensación a las entidades de gestión de los derechos de autor).

El derecho del autor se desdobra en un derecho moral (que consiste, sustancialmente, en la paternidad de la obra, el derecho a figurar como su autor), y un derecho económico (el derecho a obtener una ganancia económica de la explotación de la obra). El derecho económico se puede ceder, pero el derecho moral siempre permanece y pertenece al autor. Precisamente, la cesión o licencia del derecho económico constituye el objeto de los contratos sobre propiedad intelectual. En estos contratos se fijará el alcance de los derechos que se ceden, así como el precio que se ha de satisfacer al creador.

Ejemplo

El autor de una obra musical puede autorizar la ejecución de la misma en un concierto, la grabación y posterior difusión de la misma en soporte audio, o la difusión en directo de la ejecución por medio de la televisión, etc. De igual forma, el autor de una obra literaria puede contratar la edición impresa de la misma (y, a su vez, contratar la edición para uno o varios países, o permitir la traducción, fijar el número de ejemplares que se pueden editar...), ceder los derechos para que se realice un guión cinematográfico que la tome como base, etc.

El derecho económico incluye los derechos o facultades de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Dura la vida del autor, y setenta años tras su muerte. Después, la obra pasa al dominio público.

Ejemplo

No hay que pagar a los titulares de los derechos económicos de Beethoven por interpretar una de sus sinfonías, pero sí a los titulares de la propiedad intelectual del concierto de la novena sinfonía grabado en 1980 para emitirlo en una reunión pública.

3. Mercado de servicios

3.1. Importancia del mercado de servicios

No será necesario resaltar que el sector servicios ha experimentado un auge imparable en la última mitad del siglo pasado. De una economía basada fundamentalmente en la producción de bienes para los mercados locales se ha pasado a una producción para el mercado internacional que precisa de intermediarios, distribuidores, empresas de *consulting* que realicen estudios de mercados extranjeros, transportistas de larga distancia, así como de una gran labor de publicidad. Las nuevas técnicas informáticas, por otro lado, han permitido automatizar muchas actuaciones e incluso han generado una nueva forma de comercialización de bienes, que es el comercio electrónico. Las empresas externalizan buena parte de las labores que antes realizaban mediante empleados propios, y surgen nuevas necesidades, como las de informatización de la operativa documental. Por último, la "sociedad del ocio" ha generado también la aparición de nuevas necesidades y de nuevos mercados, que no se basan ya en la producción para el consumo de bienes, sino en la cobertura de necesidades de ocio. Todo ello, en fin, ha generado que los negocios consistentes en servicios muy diversos supongan una cifra a menudo mayor que la generada, en sí, por la venta de los bienes.

Por esta razón, hemos agrupado en este apartado los negocios que no suponen en sí producción y transporte de bienes, sino servicios precisos para lograr la comercialización adecuada. Esas labores engloban tanto intermediación (representantes o intermediarios que estudian y actúan en mercados externos) como distribución (empresarios externos que venden los bienes en sus propios mercados) y servicios de otro tipo (publicidad, transporte, informatización, guardia y custodia, etc.).

3.2. Contrato de arrendamiento de servicios. Contrato de *outsourcing* ("externalización" de servicios)

La categoría general del "arrendamiento de servicios" se regula mínimamente en el Código civil, que sólo la contempla para el trabajo de criados y asalariados (arts. 1583 a 1587 Cc). Actualmente se suele caracterizar por que el arrendatario se compromete a desplegar una cierta actividad con la diligencia debida. Se asume, así, una "obligación de hacer", a diferencia de la obligación de entregar la propiedad que caracteriza a los contratos sobre bienes. El contenido del "servicio" o "actividad" puede ser muy variado, lo que permite agrupar los diversos supuestos según ese tipo de actividad, como haremos en los apartados que siguen.

Con carácter previo, y como una muestra más de la complejidad que supone toda empresa en cuanto alcanza un cierto tamaño, en la práctica es muy común que ciertos aspectos concretos y accesorios precisos para el correcto desenvolvimiento de la actividad se encomienden a empresarios externos a la empresa. En vez de realizar esa labor la propia empresa por medio de empleados propios, la "externaliza" o encomienda a empresarios externos que se dedican profesionalmente a ello. Estos contratos, llamados de *outsourcing* en la terminología anglosajona, no son más que arrendamientos de servicios. No se trata de comisiones o mandatos, pues lo encargado es la realización de un acto material y no de un acto con relevancia jurídica.

Ejemplo

Ejemplos de *outsourcing* son encomendar las labores de vigilancia de la empresa a una empresa de seguridad, la llevanza del comedor de los empleados por una empresa de restauración, la limpieza a una empresa de este tipo o la colocación, mantenimiento y enseñanza del uso de los programas informáticos a una empresa de informática. El empresario puede así centrarse sólo en su labor de producción específica, sin dedicar esfuerzos ni personal a las labores accesorias.

3.3. Contratos de intermediación

3.3.1. Contratos de mandato y comisión

El Código civil define el contrato de mandato como aquel por el que "se obliga una persona a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra" (art. 1709 Cc). Como se aprecia, es un concepto amplio en el que cabe cualquier actuación de una persona por cuenta de otra, actúe en nombre propio o ajeno. Lo relevante es que se realiza una actividad "jurídica", no material; el mandatario realiza un negocio que interesa al mandante, vinculando a éste. El mandato se convierte en "comisión" mercantil, regida, por tanto, por los preceptos del Código de comercio, cuando "tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista" (art. 244 CdeC).

Mandato y comisión son contratos basados esencialmente en la confianza. El principal (mandante o comitente) sólo realizará el encargo a alguien en quien confíe, pues la actuación de éste va a repercutir en su esfera jurídica. Esta característica de ser un contrato basado en la confianza (contrato *intuitu personæ*) explica muchas de sus notas distintivas frente a otras figuras contractuales.

Así, aunque en el mandato civil está permitido al mandatario delegar la ejecución del contrato, salvo prohibición expresa, responde en la mayor parte de los casos de la actuación del sustituto (art. 1721 Cc), y en la comisión mercantil la delegación está prohibida, salvo pacto expreso en contra (art. 261 CdeC); si el mediador no tiene instrucciones concretas, hará lo que según la naturaleza del negocio haría un buen padre de familia (art. 1719 Cc) o lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio (art. 265 CdeC); pero, sobre todo, ese carácter se manifiesta en la libre revocabilidad del contrato (arts. 1732.1, 1733 y ss. Cc y 279 CdeC) y en la extinción por muerte del mediador (arts. 1732 Cc y 280 CdeC), así como en la posibilidad de renuncia del mandatario (art. 1736 Cc).

En estos contratos es fundamental distinguir si el mediador actúa en nombre propio o ajeno, pues ello determina la vinculación del propio mediador o del principal. Si actúa en nombre propio, queda él obligado, no habiendo relación alguna entre principal y tercero; si, en cambio, actúa en nombre del principal, es éste quien queda obligado, no existiendo relación entre mediador y tercero (arts. 1717 Cc y 243 y ss. CdeC). También será preciso acudir a los términos del poder otorgado al mandatario, pues sólo puede actuar dentro de él, y su extralimitación conlleva la vinculación del mandatario (salvo que sea más ventajosa para el mandante, o que éste proceda a su ratificación; arts. 1715 y 1727.2 Cc). De ahí que también al tercero le interese conocer los límites del poder otorgado, pues sólo dentro de tales límites queda obligado el principal.

En cuanto a la retribución, la comisión es, en principio, retribuida salvo pacto en contrario. Para el cobro de las cantidades adeudadas por el principal, el mediador tiene como medio de aseguramiento un derecho de retención de los bienes del principal que tenga en su poder por razón del contrato (arts. 1730 Cc y 276 CdeC). Además, el comisionista mercantil tiene preferencia para el cobro de tales créditos sobre el precio obtenido por la venta de esos bienes (art. 276 CdeC).

El contrato de mandato se extingue por su revocación, por renuncia del mandatario y por muerte, quiebra o insolvencia de alguna de las partes (art. 1732 Cc). Pero lo realizado por el mandatario sin conocimiento de la extinción surte efectos frente a terceros de buena fe (art. 1738 Cc). La comisión se extingue por revocación del comitente (art. 279 CdeC) o muerte del comisionista (art. 280 CdeC).

Cabe señalar, por último, que el Código de comercio establece una serie de reglas especiales para la comisión de compraventa (prohibición de "autoentrada", prohibición de venta a plazos y pacto de garantía) que la doctrina considera en gran medida extrapolables a otros supuestos de comisión. La prohibición de autoentrada (esto es, que el comisionista no pueda ser a la vez el tercero que contrata con el comitente) no es sino una manifestación más de la prohibición del autocontrato. Si el mandatario pudiera, por ejemplo, comprar para sí lo que le encargan vender, es posible que pagara un precio menor al que podría encontrar si buscara a un tercer comprador. La doctrina ha aplicado una serie de excepciones: la autoentrada será posible cuando haya instrucciones precisas del comitente, el precio esté fijado previamente o el comitente la permita desde un principio o la ratifique posteriormente.

Las partes pueden pactar que el comisionista responda de la operación en el caso de que el tercero no lo haga (comisión de garantía; por ejemplo, el tercer comprador del coche del comitente no paga el precio; deberá pagarlo el comisionista, quien podrá repetir el pago, más daños y perjuicios contra el tercero). Ello da una mayor seguridad al comitente, y este pacto se denomina "de garantía". Por esa mayor seguridad, y por el riesgo que supone para el comisionista, el precio de la comisión suele ser más alto en estos casos (art. 272

CdeC). Este pacto es muy común en las operaciones de *factoring* (ved 4.2.4); y la ley impone en los contratos bursátiles que los intermediarios actúen como comisionistas de garantía (como veremos en 4.3.4). También se puede garantizar no ya el cumplimiento por el tercero, sino la propia realización del encargo (de la que, en principio, no se responsabiliza el intermediario). Es una segunda forma de "comisión de garantía" muy común, por ejemplo, cuando las entidades de crédito se comprometen a colocar una emisión de obligaciones de empresas (ved 4.3.3).

3.3.2. Contrato de corretaje

En la intermediación ordinaria, el intermediario es quien contrata con el tercero, bien en nombre propio o del principal. Pero hay ciertos supuestos en los que al principal le interesa conocer la persona del tercero, dada la propia naturaleza del negocio que va a celebrar con él. Por ello quiere que el mediador busque un tercero con una serie de condiciones precisas, para que luego él mismo, el principal, negocie y contrate o no definitivamente con el tercero. Este contrato por el que el mediador busca un tercero con una serie de condiciones para ponerlo en contacto con el principal se denomina de "corretaje". Es un contrato atípico, no regulado en nuestro derecho positivo.

Ejemplo

Ejemplos de corretaje son los de las agencias matrimoniales, o algunos contratos con inmobiliarias para alquilar un piso. En estos casos no son indiferentes al principal las condiciones físicas y personales del tercero, y por ello quiere ser él personalmente quien conozca a la contraparte y "cierre el trato".

En estos contratos de corretaje, la doctrina entiende que el mediador o corredor tiene derecho al precio pactado en caso de que el principal y el tercero lleguen a un acuerdo mediante el que contraten efectivamente. En todo caso, será preciso atender al pacto existente entre las partes, pues tal pacto sobre derecho a la retribución prevalece sobre esa regla. La jurisprudencia, además, ha declarado que el corredor tiene derecho al cobro si las partes a las que puso en contacto acaban cerrando el trato más tarde, incluso una vez terminado el plazo de encargo del corretaje.

3.3.3. Contrato de agencia

La comisión tiene como nota característica ser ocasional, esto es, realizarse para un encargo concreto que haya de realizar el comisionista. Cuando, en cambio, las necesidades de la mediación son continuas y referidas a un sector concreto de la actividad empresarial, el empresario realiza normalmente un contrato por el que el mediador llevará a cabo su representación en ese sector de forma duradera y continuada. A este contrato de mediación se denomina "agencia", y, como se aprecia, se caracteriza frente a la mediación ordinaria por su continuidad y durabilidad. La regulación legal de este contrato ha tenido lugar mediante la Ley de Contrato de Agencia, de 27 de mayo de 1992.

Según el artículo 1 de esta ley, por el contrato de agencia, una persona natural o jurídica denominada "agente" se obliga frente a otra, de manera continuada o estable, a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.

Esa continuidad hace que el agente, empresario independiente que se dedica profesionalmente a actuar como mediador, actúe con una dependencia menos acusada que en el resto de los supuestos de mediación.

La remuneración del agente puede consistir en un tanto alzado, en una comisión sobre las operaciones realizadas o ser mixta. El agente, salvo que se pacte lo contrario, no tiene derecho al reembolso de los gastos que le ocasione su actuación. Si se pacta que el agente responde del riesgo de la operación (pacto de garantía), tal pacto debe ser por escrito.

El contrato de agencia se extingue por una serie de causas, como la llegada del plazo pactado o, si no se pactó plazo, por la denuncia del contrato (pues no cabe entender que vincule a las partes de por vida). En tales casos (salvo cuando la extinción se deba al incumplimiento de sus obligaciones por parte del agente), al agente se le indemniza por la clientela, pagándole una cantidad, con un máximo fijado en la ley, en función de que haya incrementado el número de clientes o el volumen de negociación. También se le debe indemnizar, pero sólo si la extinción es por denuncia del empresario, si realizó una serie de inversiones para cumplir el contrato que aún no haya podido amortizar.

Es muy común que en estos contratos de agencia se acuerde entre las partes un pacto llamado "de exclusiva", por el que quien está obligado por la exclusiva sólo puede realizar la actividad de que se trate con la contraparte. De esta forma, ésta se asegura de que todo el esfuerzo y toda la actuación del obligado por la exclusiva serán a su favor.

Si el obligado por la exclusiva es el principal, ello quiere decir que se compromete a no contratar a otro agente o mediador en esa zona; esto favorece al agente, que asegura que toda la actuación de mediación del principal la llevará a cabo él mismo sin competencia de otros mediadores. Si el obligado es el agente, ello significa que sólo podrá actuar como mediador para el principal; esto beneficia al principal, pues supone una dedicación completa del mediador y la imposibilidad de que sirva a intereses de los competidores. Es muy común que la exclusiva se pacte a favor de ambas partes.

Una de las vías para lograr la distribución de bienes es contratar agentes en exclusiva para los diferentes territorios (un distribuidor en exclusiva en España, otro en Francia, otro en Italia, etc.), con lo cual se asegura una distribución en todo el mercado.

Ley de 4 marzo de 2011

La Ley de 4 de marzo de 2011, de Economía Sostenible, extiende, mientras no se apruebe una ley de contratos de distribución, la aplicación del régimen jurídico del contrato de agencia a los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales, por los que una persona natural o jurídica, denominada distribuidor, se obliga frente a otra, el proveedor, de manera continuada o estable y a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio de estos productos por cuenta y en nombre de su principal, como comerciante independiente, asumiendo el riesgo y ventura de tales operaciones.

3.4. Contratos de distribución, concesión comercial y franquicia

Existen toda una serie de contratos cuya finalidad es la distribución de los bienes o servicios de un fabricante por toda una zona territorial. Esa distribución puede lograrse de muy diversas formas y bajo muy diversas vestiduras jurídicas. En efecto, puede que el distribuidor: **a)** sea una persona sujeta mediante contrato de trabajo, un empleado, a las órdenes del empresario; **b)** sea un agente, que actúa bajo el régimen del contrato de agencia (apartado anterior); **c)** sea un simple comprador de bienes, que luego se dedica a revenderlos bajo su cuenta y riesgo (comprador-revendedor, apartado 2.2); **d)** sea un empresario independiente que dedica su establecimiento y su trabajo para la colocación del producto o servicio, supuesto normalmente denominado "contrato de concesión o de franquicia".

Concesión y franquicia

Hay que advertir que utilizamos una terminología puramente convencional. Algunos autores diferencian concesión y franquicia, o utilizan el término de contrato de distribución. Al tratarse de contratos no regulados legalmente, no existe una normativa conjunta que dé conceptos y delimite figuras contractuales. Por eso utilizamos una de las diversas terminologías de diferenciación de contratos utilizada por la doctrina.

La doctrina suele denominar con los nombres de "concesión" y "franquicia" una serie de negocios que tienen en común la colaboración entre dos empresarios: uno que aporta un producto o una marca ya comercializada e introducida en el mercado; y otro que aporta su establecimiento y su trabajo para colocar ese producto o explotar esa marca en una serie de condiciones fijadas.

Ejemplo

Las modalidades son innumerables. Puede que el franquiciado venda los productos de que le abastece el franquiciador bajo su marca (así operan, por ejemplo, muchas cadenas de alimentación y de venta de ropa); que fabrique los bienes bajo las fórmulas, indicaciones y control del franquiciador (por ejemplo, los que tienen licenciada la fabricación de Coca-Cola en cada país), o que preste un servicio de distinto tipo según los parámetros ya conocidos en el mercado del franquiciador (un supuesto paradigmático lo constituyen las cadenas de comida rápida –tipo pizzerías o hamburgueserías–, o las cadenas de hoteles.

Aunque inicialmente era el franquiciado el que realizaba toda la inversión para la implantación del local, es muy común que ahora el propio franquiciador participe en parte de esa inversión con el franquiciado local para así abaratar los costes de éste. Por otro lado, en muchos casos, la distribución de los bienes la realiza el fabricante tanto a través de tiendas propias como de tiendas de franquiciados, si bien externamente el consumidor no puede distinguir si esa tienda es un local más del fabricante o una franquicia.

En todas las modalidades hay en común una colaboración entre el concedente, que ya tiene una reputación adquirida en el mercado de bienes o servicios, y el concesionario, que acerca esos bienes o servicios al público. Igualmente, una característica importante de estos contratos es que el concesionario corre con los riesgos de la operación: él pone el local, paga al personal de atención al público, etc. El concesionario no actúa por cuenta del concedente, sino por cuenta propia, en su propio beneficio. Si el negocio no resulta rentable, la principal pérdida será para el concesionario, que no rentabilizará su inversión. Sin embargo, pese a tratarse de empresarios independientes, el concesionario debe observar en su actividad una serie de reglas que aseguran la "uniformidad" del servicio ofrecido por todos los concesionarios.

Al concedente le resulta esto más provechoso que instalar sucursales en países o zonas extrañas, de forma que explota al máximo su producto en toda una zona sin desembolso alguno y cobrando una serie de cánones. Al concesionario le aporta el buen nombre del producto o servicio que le asegura una clientela estable y una publicidad generalizada, con lo que corre pocos riesgos y se aprovecha de la tecnología, marketing y publicidad del concedente. De esta forma es como se logra una distribución de los productos en zonas amplias sin costes excesivos para las partes. De hecho, el riesgo y el coste financiero lo asume el concesionario, pero con la seguridad de la rentabilidad que le procura el buen nombre del concedente. Otra ventaja de este contrato es que el concesionario conocerá mejor su zona de actuación y podrá adecuar su servicio o su labor de venta a las características de esa zona.

Las cláusulas existentes en estos contratos son muy variadas y dependen además de cada modalidad. Normalmente, se realiza un pacto de exclusividad a favor tanto del concedente como del concesionario (con lo que el concedente reparte el territorio de venta entre concesionarios en exclusiva). El producto o servicio prestado por el concesionario debe ser igual a los de cualquier otro concesionario, y por eso existen toda una serie de instrucciones acerca de cómo debe ser ese producto o servicio. El concesionario paga normalmente por tres conceptos: un canon de entrada, un porcentaje de las ventas realizadas (generalmente decreciente conforme sube el volumen de ventas) y una participación en la publicidad que realiza el franquiciador de los productos y/o servicios ofrecidos.

Cuando el concesionario fabrica los productos creados o patentados por el concedente (lo que se suele denominar "concesión industrial", y que algunos autores exclusivamente conceptúan como contrato de franquicia), existen una serie de cláusulas específicas. En efecto, el franquiciador normalmente estará obligado a prestar asistencia técnica al franquiciado a fin de lograr que la fabricación de éste sea la óptima y acorde con las características del producto. Ello conlleva obligaciones de asistencia técnica, de formación de personal, de provisión de tecnología, asesoramiento sobre las instalaciones y maquinaria, etc. Además, el franquiciador, que normalmente habrá patentado el producto y registrado la marca con que se comercializa, debe permitir el uso de esa patente y marca por medio de un contrato de licencia o de cesión (contrato de transferencia de tecnología, al que hemos hecho referencia en el apartado 2.2).

Los contratos de concesión y franquicia plantean un problema fundamental, y es que suponen un ataque contra el principio de libre competencia (ved módulo 1). En efecto, al depender los concesionarios en su actuación de las órdenes del concedente, ni son libres en cuanto al desempeño de su actividad ni compiten abiertamente entre sí. Este problema ha motivado que en el derecho comunitario se haya dictado el Reglamento comunitario n.º 330/2010, de 20 abril, sobre la aplicación del art. 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la UE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (que sustituye al anterior Reglamento 2790/99, de 22 de diciembre). Esta norma parte de una valoración positiva de los contratos de concesión y franquicia, pero reconoce que suponen una restricción de la competencia debido a las cláusulas de exclusividad y a la sujeción a las órdenes del franquiciado. Por ello, el reglamento impone una serie de límites a esa exclusividad y determina

qué tipo de órdenes se autorizan porque, aunque suponen una restricción de la competencia, producen unos efectos beneficiosos proporcionalmente mayores.

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

3.5. Contratos publicitarios

La publicidad de los productos resulta esencial para dar a conocer a los destinatarios las bondades y características del bien. Como vimos, es un medio que asegura el correcto funcionamiento del mercado porque le confiere transparencia y permite a los demandantes de productos que comparen las diversas ofertas (ved módulo 1).

Los contratos publicitarios se regulan en la Ley General de Publicidad, de 1988, que distingue cuatro clases:

- **Contrato de publicidad:** se celebra entre un anunciante y una agencia de publicidad, a la que se encarga la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma. A menudo engloba contratos de difusión publicitaria y de creación publicitaria.
- **Contrato de difusión publicitaria:** se celebra entre un anunciante o una agencia, de un lado, y un medio de difusión (periódico, radio, carteles publicitarios, televisión). Éste se obliga a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponible y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario.
- **Contrato de creación publicitaria:** una persona física o jurídica se obliga en favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario.
- **Contrato de patrocinio:** el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultura, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador.

Las técnicas publicitarias, sin embargo, no se agotan en este repertorio, puesto que han surgido otras formas menos convencionales de publicidad. Así, a veces el anunciante produce o financia un programa televisivo o radiofónico a cambio de que dentro de ese programa se difunda publicidad de la entidad productora (contrato de *bartering*, en la terminología anglosajona). Otras veces, el producto se "coloca", con su marca bien visible, en una serie televisiva

de ficción (es la técnica llamada de *product placement*, que está permitida con ciertos límites). En otras ocasiones, en fin, el titular de un signo o marca que goza de notoriedad consiente su utilización por un tercero como reclamo de productos o servicios de naturaleza colateral. Éste es el llamado contrato de *merchandising* o también de reclamo comercial.

Ejemplo

Entre las diversas modalidades pueden señalarse:

- a) cesión de la imagen por parte de una persona famosa, que realiza un anuncio o imagen como usuario de una marca concreta (*personality merchandising*, relacionado con los derechos fundamentales –derecho a la imagen– de esa persona);
- b) cesión de derechos de una creación intelectual (*character merchandising*, que consiste, por ejemplo, en que un personaje de ficción participe en la publicidad de un producto –supone la licencia de los derechos de propiedad intelectual sobre ese personaje);
- c) licencia sobre una marca para anunciar productos relacionados con ella (*brand merchandising*; por ejemplo, anuncio de neumáticos asociándolos a una escudería de coches de carreras (supone una licencia por parte del titular de la marca a la que se asocia la que se publicita).

3.6. Contrato de transporte terrestre de mercancías

3.6.1. Concepto y normas reguladoras

El transportista es un colaborador del empresario en un sentido económico, en cuanto que logra que sus productos lleguen a todos los territorios. Hasta hace poco, el contrato se regulaba por partida doble en ambos códigos, pero la Ley de 11 de noviembre del 2009, del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías (en adelante LCTTM), sustituye esta regulación por una única, que ya no distingue transporte civil y mercantil.

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

A partir de ahora nos referiremos al transporte de mercancías por carretera. El transporte de viajeros está muy regulado administrativamente, dado el valor esencial del bien transportado, y las reglas que lo rigen son sustancialmente distintas del transporte de mercancías, dadas las propias diferencias existentes entre la persona y cualquier bien. En los casos en los que el transporte de mercancías por carretera sea internacional, se aplica, como regla general, un tratado internacional, el Convenio de Ginebra de 16 de mayo de 1956 (normalmente llamado Convenio CMR), ratificado por España en 1973. El régimen del transporte de mercancías por mar se recoge en el Código de comercio y

en numerosos convenios internacionales. El transporte de mercancías por aire está regulado en la Ley de Navegación Aérea, de 1960 (modificada en 1969 y 2003). Es también relevante la Ley de Seguridad Aérea de 7 de julio del 2003.

Debe destacarse que, cuando los litigios relativos al transporte no excedan de 500.000 pesetas, conocerán de los mismos las juntas arbitrales de transporte (arts. 37 a 39 LOTT), que son órganos administrativos. Se trata de un verdadero "arbitraje", que sustituye así al proceso judicial, y el laudo dictado no puede ser impugnado por cuestiones de fondo.

3.6.2. Elementos personales y formales

En el contrato de transporte intervienen tres sujetos o posiciones jurídicas claramente diferenciadas: el **cargador** o remitente, que contrata el envío de los bienes; el **porteador** o transportista, que lleva a cabo la labor de transporte; y el **destinatario** o consignatario, a quien se envían las mercancías (puede ser el propio cargador o un tercero).

La doctrina mayoritaria considera que el contrato de transporte no es formal. Los artículos 10 y siguientes LCTTM contemplan la existencia de un documento denominado "carta de porte", pero no se exige como elemento esencial del contrato. De hecho, la carta de porte no se suele expedir normalmente en la práctica comercial. En caso de emitirse, es un documento probatorio del contrato que funciona además como título de tradición. Esto quiere decir que el propietario de las mercancías es el legítimo titular de la carta de porte, de forma que se pueden transmitir las mercancías que estén en viaje con la transmisión del título. El titular de la carta de porte será quien pueda exigir al transportista la entrega de las mercancías.

3.6.3. Obligaciones de las partes

El cargador debe entregar las mercancías al porteador en condiciones adecuadas para su transporte, y además, en principio, debe cargarla y estibarla (esto es, acondicionarla y sujetarla en el remolque). Debe pagar el precio, llamado porte, si la mercancía viaja a "portes pagados" (que viaje a portes pagados o debidos depende del pacto existente entre cargador y destinatario, en el caso de que sean personas distintas).

El cargador responde de los daños que la mercancía sufra en el transporte y por los retrasos producidos por culpa del cargador/destinatario, vicio propio de la mercancía, o por circunstancias que el porteador no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir (esto es, caso fortuito o fuerza mayor). Ahora bien, quien debe probar que los daños se debieron a tales circunstancias es el transportista. Dicho de otra forma, el porteador responde, salvo que demuestre que el retraso o avería se debió a las circunstancias señaladas. Esto, de he-

cho, le perjudica notablemente. Por estas razones, el porteador tiene derecho a examinar los bultos y a hacer constar sus objeciones si considera que las mercancías ya están averiadas o mal acondicionadas.

Posiblemente, la norma más relevante en esta materia es la que limita el valor de la responsabilidad del porteador a un tercio del indicador público de renta de efectos múltiples/día por kilo de peso bruto de mercancía perdida o averiada (o sea, para el año 2013, 5,92 euros por kilo de mercancía). Esto es, aunque el daño sea mayor, sólo pagará esa cantidad por kilo; si el daño es menor, lógicamente se pagará el daño. El límite no opera si la avería o retraso fue por dolo del porteador o por una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido. El cargador puede suscribir un seguro que le indemnice en una cuantía mayor, equivalente al daño, pagando la correspondiente prima.

El derecho fundamental del porteador es el del cobro de los portes. El precio fijado, además, se revisará si entre el momento de pactarlo y el de realizar el transporte varió el precio del gasóleo. El cobro lo podrá hacer efectivo sobre el cargador si la mercancía viaja a portes pagados, o sobre el consignatario si viaja a portes debidos. En este segundo caso, si el consignatario no paga, el cargador es responsable subsidiario, de forma que el porteador podría dirigirse contra él. Además, si, llegadas las mercancías, el destinatario no paga, el porteador puede, en un plazo de diez días, depositarlas y pedir la venta de la mercancía suficiente para obtener el precio. Así se facilita su derecho de cobro.

Las acciones derivadas de este contrato prescriben en el plazo de un año.

3.7. Contratos informáticos

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

- Contrato de licencia de *software*: el titular del programa o *software* concede un derecho de uso del mismo al empresario. A menudo, el programa se adapta a las necesidades específicas de la empresa, o incluso el programa se crea –a partir de una base– teniendo en cuenta las indicaciones y necesidades de la empresa, lo que supone un coste mayor para el empresario, pero también una mayor eficacia. Normalmente se establece cuántos

y qué ordenadores de la empresa tendrán instalado ese programa y podrán utilizarlo a la vez.

- Contrato de venta e instalación de material informático: a menudo, el licenciante se encarga, además, de proveer y colocar los ordenadores y periféricos adecuados para el programa que licencia. Se trata de una venta "ordinaria".
- Contrato de formación del personal: de ordinario, la empresa informática enseña a los operarios que se van a ocupar del uso del *software*, designados por el empresario, a cómo utilizarlo y sacarle el máximo rendimiento.
- Contrato de asistencia técnica: por último, lo común es que la empresa informática se comprometa, mediante un contrato –y un precio– independiente a los anteriores, a resolver las consultas del empresario y también a reparar averías o fallos del sistema.
- Contrato de *escrow*: se establece que el proveedor o licenciante del *software* entregue una copia del "código fuente" a un tercero. Éste conserva la copia, a la que podrá acceder el licenciario en ciertos casos pactados (normalmente, concurso del licenciante, cambio en la titularidad o actividad del licenciante, incumplimiento de sus obligaciones, etc.). De esta forma, el licenciante no es el único poseedor del código fuente, lo que le otorgaría una posición dominante excesiva.

Todos estos negocios pueden ir integrados en un contrato conjunto para informatizar una empresa, o pactarse de forma separada. Pero además, existen otros negocios relacionados con programas informáticos con muy diversa utilidad. Así, por el contrato de *back-up* se "deposita" en un centro informático especializado una copia del sistema informático del cliente para que éste pueda recuperarlo en casos de desastre informático (incendio de la empresa, sabotaje, etc.). Periódicamente (cada dos o tres días) se realiza de forma automática una copia del sistema informático para que esté actualizado.

Por otro lado, la contratación informática por Internet abre toda una forma de comercialización de productos, y algunas empresas informáticas se especializan en ofrecer servicios relativos a las páginas web. Cabe distinguir dos tipos de contratos bien diferenciados: en primer lugar, el "contrato de creación de página web", mediante el cual el empresario que quiere anunciar sus bienes o servicios por Internet aporta el texto e imágenes, y el creativo diseña la página, los enlaces (*links*), la disposición de los textos, etc.; en segundo lugar, mediante los "contratos de *hosting* y *housing*", con los que se contrata con un servidor la difusión en Internet de la página web. Obviamente, son necesarios para que la página quede "colgada" en Internet. Normalmente el cliente puede seguir modificando y configurando la página: la empresa informática simplemente provee del "sitio" y facilita el programa para modificar y publicar la página.

La creación de la página web supone una propiedad intelectual del creador, por lo que es preciso pactar si los derechos económicos se ceden al empresario que contrata la creación o sólo se cede el derecho de uso de la página.

3.8. Contratos de guarda y custodia de bienes

En ocasiones, el propietario del bien no puede o quiere custodiarlo y encomienda esa labor a otra persona. El contrato de "depósito" es aquel por el cual una persona guarda un bien de otra con una estricta finalidad de custodia.

La finalidad fundamental del depósito es la custodia o guarda del bien. Precisamente por ello, cuando a tal finalidad se une la posibilidad de uso por parte del depositario no hay verdadero depósito, pues a la custodia se une una función de uso por parte del depositario. De acuerdo con esto, ambos códigos establecen que en tales casos no se aplican las reglas del depósito, sino las del préstamo o las del contrato de que se trate (arts. 1768 Cc y 309 CdeC).

El depósito es un contrato real que sólo se perfecciona con la entrega de la cosa (arts. 1758 Cc y 305 CdeC). Si es civil, es gratuito, salvo pacto en contrario (art. 1760 Cc), mientras que si es mercantil, será retribuido, salvo pacto en contrario (art. 304 CdeC). El depósito es mercantil cuando el depositario, al menos, sea comerciante, las cosas depositadas sean objeto de comercio y el depósito constituya por sí mismo una operación mercantil o se haga como causa o a consecuencia de operaciones mercantiles (art. 303 CdeC). Cabe señalar que en el depósito se da un supuesto legal de "derecho de retención": el depositario puede retener la cosa hasta que se le pague lo debido por el depósito (precio o daños y perjuicios ocasionados, art. 1780 Cc).

Como supuesto especial de depósito, destacamos el realizado en almacenes generales de depósito, que son entidades dedicadas profesionalmente a la custodia de bienes no perecederos (muchos se encuentran, por ejemplo, en puestos fronterizos o en puertos para que los porteadores dejen el bien hasta que lo recoja el siguiente porteador o el propietario). Lo característico de estos depósitos es que los almacenes entregan al deponente una serie de documentos transmisibles, de forma que, aun estando el bien depositado, pueda ser transmitido (o incluso dado en prenda, por medio de la transmisión del título llamado *warrant*) a personas distintas sin necesidad de transmisión física del bien (son, por lo tanto, títulos-valor de tradición).

Aunque la norma no lo configura ni lo denomina como depósito, debe señalarse que la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, regula el contrato de aparcamiento de vehículos, hasta ahora carente de regulación. Afecta a los contratos de estacionamiento no gratuitos, excluyendo, entre otros, los que se realicen en la vía pública (aunque se pague por ello). Esta norma impone al empresario, entre otras muchas obligaciones, que responda de la custodia del vehículo y de los accesorios unidos a él de forma inseparable. El "pacto" contrario (que a menudo constaba en el documento que expide automáticamente la máquina de entrada), según el que no se responde de la sustracción, resulta, pues, inválido.

3.9. Contratos turísticos

La "sociedad del ocio" en la que vivimos ha dado lugar a la proliferación de oferta de servicios turísticos. Hablar de "contratos turísticos" no tiene relevancia jurídica (no existen características jurídicas comunes o específicas de estos contratos), y es una forma de englobar a los negocios que tienen como objeto servicios destinados al turismo. La inmensa mayoría de ellos son contratos atípicos, no regulados legalmente, nacidos a causa de las necesidades reales del turismo.

El contrato de "hospedaje" es el más clásico y antiguo, no está regulado legalmente. Lo más característico es que en él se combinan prestaciones de muy diversa naturaleza: arrendamiento (de una habitación), servicios (de restaurante, de aparcamiento, de limpieza, etc.), custodia (guarda de los bienes que están en la habitación) y demás. De ahí la dificultad de determinar cuáles son las reglas legales aplicables. Se concluye, en general, que lo serán las típicas de la prestación que se incumpla.

Más reciente es la modalidad del "viaje combinado", caracterizada por que se ofertan de forma conjunta servicios de transporte y de alojamiento, y a menudo otros servicios turísticos (visitas guiadas, desplazamientos auxiliares, etc.). Cuando el cliente es un consumidor, sí existe una regulación legal, en los artículos 151 y siguientes TRLGDCU, donde se establecen unos derechos mínimos del consumidor.

El turismo masivo ha ocasionado que los servicios turísticos sean cada vez más cuantiosos y más complejos. De ahí que hayan surgido modalidades contractuales como el contrato de "reserva de cupo de plazas de alojamiento", por el que las agencias de viajes reservan un número determinado de plazas de alojamiento en uno o varios hoteles, y determinan finalmente, en un plazo prefijado anterior, cuántas plazas reales se van a ocupar en la temporada pactada. Es un contrato atípico, pero existen ya formularios contractuales habituales en la práctica. Igualmente complejo es el contrato de "gestión hotelera", por el que el titular de un hotel contrata con una empresa especializada la gestión del mismo. A menudo, el gestor es titular de una "cadena hotelera" que integra al establecimiento gestionado, pero lo relevante es que el riesgo de la actividad (las ganancias o pérdidas) sigue siendo del titular del hotel.

4. Mercado financiero

4.1. Formas de financiación de la empresa: mercado de crédito y mercado de valores

Se denomina "mercado financiero" a aquel en el que empresas y consumidores obtienen financiación. Se trata del mercado en el que se relacionan y ponen de acuerdo las empresas y consumidores que precisan de financiación (normalmente denominados "sujetos deficitarios") y los sujetos que pueden ahorrar y destinan su ahorro a la inversión (ahorrador/inversor o sujeto excedentario).

Esa relación puede producirse de dos maneras, lo que da lugar a dos tipos de mercados distintos:

1) En el **mercado de crédito**, los ahorradores/inversores entregan su dinero a los intermediarios financieros (entidades de crédito, a las que luego haremos referencia), normalmente mediante contratos de depósito, y el intermediario a su vez financia a los sujetos deficitarios (empresarios o consumidores) mediante créditos, préstamos, tarjetas bancarias, descuento, etc. En definitiva, el intermediario presta (a los deficitarios) lo que a él le prestan o depositan los excedentarios. El intermediario celebra dos contratos independientes: con el ahorrador/inversor, de depósito; y con los sujetos deficitarios, de crédito o préstamo. Ahorrador y sujeto financiado no se ponen en contacto, y la entidad de crédito responde frente a cada uno de ellos de las obligaciones del contrato celebrado.

2) En el **mercado de valores**, en cambio, el empresario que precisa financiación emite valores (títulos-valor de pago; ved módulo 4) que son suscritos por el ahorrador/inversor. Estos valores, en realidad, suponen un contrato de préstamo a favor del emisor, de forma que el ahorrador/inversor le presta un dinero a cambio de la devolución del mismo en un plazo y el pago de intereses en los plazos acordados (ved también módulo 4, en cuanto a la emisión de obligaciones). En este mercado, los intermediarios financieros (ESI, entidades de crédito) sólo ponen en contacto a las partes, pero no contratan personalmente con ellas. Es el ahorrador/inversor que suscribe el título quien adquiere derechos frente al emisor y viceversa, sin que el intermediario se interponga en esa relación. A su vez, para que el suscriptor del valor pueda deshacerse fácilmen-

te de él sin tener que esperar a su vencimiento (para que pueda "liquidar" su inversión), se crean mercados donde se puede vender y comprar los valores ya suscritos (el más conocido de ellos es el mercado bursátil).

Otra forma de financiación en este mercado es que la empresa emita acciones o participaciones nuevas, con lo que amplía su capital, para que el ahorrador/inversor los adquiera y pague su precio como aportación al capital (ved módulo 2). En este caso, el inversor ya no se convierte en acreedor titular de obligaciones, sino en socio, con la diferente posición jurídica que ello implica, y su aportación, desde un punto de vista económico, ya no es un "recurso ajeno", sino un "recurso propio", precisamente capital. Si el inversor quiere liquidar su inversión, podrá intentar vender sus acciones o sus participaciones, pero le puede resultar más difícil encontrar comprador. Precisamente por ello, a las grandes sociedades anónimas les interesa normalmente que sus acciones "coticen" en bolsa, pues de esta forma son fácilmente adquiribles y enajenables y el inversor tiene un incentivo más para realizar su inversión: la puede liquidar con facilidad (cuestión distinta es que logre vender por un precio superior al de compra).

Como se aprecia, las dos formas de financiación son completamente distintas, y las obligaciones del sujeto financiado también son diferentes. Normalmente, el interés que se haya de pagar será menor en uno u otro mercado, pero también el tipo de obligaciones asumidas o las condiciones y plazos de pago; y no todas las empresas pueden acceder a ambos mercados con facilidad (sólo una gran empresa muy solvente encontrará suscriptores de sus valores, fiados de su solvencia).

4.2. Mercado de crédito

4.2.1. Los contratos de crédito. El préstamo

La palabra "crédito" viene del término latino *credere*, 'creer', 'tener confianza en'. Y por ello, los contratos de crédito, como el préstamo, son aquellos que se realizan según la confianza que tiene quien acredita en que el acreditado devolverá el dinero, o hará frente a las obligaciones de devolución asumidas. En este sentido, los contratos de crédito tienen un cierto carácter *intuitu personæ*, si bien no son propiamente un contrato basado en la confianza con todas las características de esta categoría.

El contrato tipo (y también, el único típico de los que aquí vamos a estudiar) de crédito es el de préstamo, donde una parte, llamada "prestamista", entrega al prestatario alguna cosa no fungible para que la use por cierto tiempo y la devuelva (en este caso, el préstamo se denomina "comodato"), o dinero u otra cosa fungible, con obligación de devolver otro tanto de la misma especie o calidad (denominado "mutuo" o "préstamo simple"). El comodato, que es esencialmente gratuito (art. 1740.2 Cc), se rige por los artículos 1741 a 1752 Cc; y dada su poca incidencia en la materia objeto de nuestra atención, no lo vamos a tratar aquí.

Como tantos otros contratos, el préstamo (a partir de ahora utilizaremos este nombre simplemente para designar el mutuo) viene regulado por partida doble en los dos códigos de derecho privado. Las reglas del Código de comercio

se aplican al préstamo mercantil, que es aquel en el que una de las partes contratantes es comerciante y las cosas prestadas se destinan a actos de comercio (art. 311 CdeC). Los demás préstamos son civiles.

En cualquier caso, y como es propio de las deudas de dinero, se debe devolver la misma cantidad recibida, no el mismo valor (principio nominalista). Para evitar las consecuencias perjudiciales de esto en caso de inflación, cabe establecer las "cláusulas de estabilización" (por ejemplo, se devolverá lo recibido incrementado según el IPC).

Como regla general, el préstamo es gratuito, esto es, no devenga intereses, salvo que éstos se pacten entre las partes. Los intereses son, por lo tanto, elemento accidental del contrato. Ahora bien, para que sea válido el pacto de intereses en el préstamo mercantil, el pacto debe constar por escrito (art. 314 CdeC), mientras que en el préstamo civil no se precisa forma alguna. El pacto de estos intereses, que suelen denominarse "remuneratorios", tiene como finalidad evitar las consecuencias negativas de la inflación (dado que, al recuperarse el capital, en realidad se está recibiendo un valor inferior al entregado) y que el prestamista obtenga una ganancia por su actuación.

Distintos de los intereses remuneratorios son los de demora. Aquéllos suponen una contraprestación o remuneración por el beneficio obtenido al poder disponer el prestatario de dinero; éstos son los que se devengan automáticamente por la falta de devolución de la cantidad entregada en el tiempo pactado. El Código de comercio señala que si no se ha pactado su cuantía, ésta será la del interés legal. Los intereses de demora no precisan de pacto alguno, sino que son una especie de compensación por el perjuicio que causa el hecho de la mora en el cumplimiento de la obligación.

Existe una regulación especial de la mora o retraso en el pago de obligaciones entre empresas, la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, recientemente modificada por la Ley 15/2010, de 5 de julio (y que tiene que adaptarse a la Directiva 2011/7/UE). No es relativa al impago de préstamos, sino, en general, al impago de cualquier obligación. Una de las reglas más relevantes es que, en caso de mora, el interés de demora a pagar es el pactado, pero no puede fijarse por debajo del interés del Banco Central Europeo incrementado en siete (7) puntos porcentuales (la ley determina qué se entiende por "interés del Banco Central Europeo"). Si no se pacta nada, ese interés será BCE+7. Además, el acreedor podrá reclamar los gastos de cobro que haya debido soportar.

La ley contra la usura de 23 de julio de 1908 prohíbe que los intereses pactados sean desproporcionados. Aunque el Código de comercio dice que no hay límite en la cuantía de los intereses (art. 315), debe entenderse modificado por esta ley posterior, y así lo ha entendido el Tribunal Supremo, si bien admite que los intereses en el préstamo mercantil puedan ser superiores a los usuales en un préstamo civil.

En principio, en el préstamo no se produce el "anatocismo", esto es, el que los intereses vencidos y no pagados se computen también para aplicar sobre ellos el tipo de interés pactado en el plazo siguiente (la excepción la establece el artículo 1109 del Cc: los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados). La jurisprudencia admite que las partes puedan pactar que se produzca este efecto (anatocismo convencional). Ade-

más, según el Código de comercio, cabe pactar la capitalización de los intereses líquidos y no satisfechos al cabo de cada plazo, y, al ser considerados como capital, sobre ellos se aplica el tipo de interés (art. 317 CdeC).

Por último, es preciso señalar que si el prestamista recibe el capital sin hacer constar que se reserva el derecho a cobrar los intereses, se extingue la obligación de pagar éstos (arts. 1110 Cc y 318 CdeC). Y el prestatario que paga intereses sin que estén estipulados no puede reclamarlos como pago indebido (art. 1756 Cc).

4.2.2. Crédito al consumo

Un régimen especial para los préstamos a favor de consumidores se establece en la Ley de 24 de junio de 2011 (que sustituye a la anterior Ley de 1995), de Crédito al Consumo. Establece un contenido mínimo del contrato, que debe figurar por escrito, y regula lo relativo a temas tales como la modificación del coste total del préstamo, el reembolso anticipado, el uso de títulos cambiarios en el pago de estos créditos, la publicidad, la tasa anual equivalente (TAE), la información sobre anticipos en descubierto, etc. Esta imposición de contenidos contractuales mínimos busca evitar que se abuse o no se informe adecuadamente al consumidor.

El consumidor puede poner fin gratuitamente y en cualquier momento a un contrato de crédito de duración indefinida, pero además, puede desistir del contrato en un plazo de catorce días naturales sin necesidad de indicar los motivos y sin ninguna penalización.

De especial importancia es la posibilidad de que si entre el vendedor de un producto y el financiador del mismo existe un pacto para realizar tal financiación, el comprador acreditado podrá oponer al financiador las mismas razones para negarse al pago que podría oponer al vendedor.

En referencia a la vinculación entre vendedor y financiador, el supuesto se planteó recientemente respecto a personas que habían contratado recibir cursos de idiomas, financiándolos por medio de entidades bancarias (que pagaban a la empresa de idiomas y luego recuperaban a plazos el dinero de los consumidores). A la hora de recibir los cursos, la empresa de idiomas entró en quiebra y no los impartió. Como el consumidor no había recibido el curso, si la entidad bancaria que –a pesar de ello– le reclamaba el precio tenía un acuerdo con la empresa de idiomas para financiar a los usuarios, el consumidor podía negarse válidamente al pago. Las excepciones oponibles al vendedor se "comunican" al financiador. Sin embargo, el consumidor que hubiera acudido a una entidad financiera que no tuviera acuerdo con la empresa de idiomas no podría negarse al pago de la financiación.

Por otro lado, el establecimiento de un límite al interés de los "descubiertos pactados", de 2,5 veces el interés legal, ha servido a la jurisprudencia para fijar esa cifra como una especie de referente para determinar cuándo un interés pactado con un consumidor resulta "desproporcionado" en todo caso (aunque no sea interés fijado para un descubierto pactado).

Aparte de esta norma, la Ley de 31 de marzo del 2009 dicta reglas específicas para la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de prés-

Ved también

Sobre la protección del consumidor, ved el módulo 1 y el apartado 1.3 de este módulo.

tamo o crédito. Fundamentalmente, se obliga a dar una información muy detallada al consumidor acerca de las características del contrato. En la materia de préstamo hipotecario existen, además, normas específicas, contenidas en la Ley de 30 de marzo de 1994, para facilitar la subrogación en las hipotecas. Además se ha dictado la Ley 1/2013, de 14 mayo de Medidas para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social (que sustituye al RD Ley 27/2012, de Medidas Urgentes para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios), que busca evitar el desahucio y mantener una vivienda digna para personas que han quedado sin recursos.

4.2.3. Operaciones de *leasing*

En el contrato de *leasing* intervienen tres sujetos: el **fabricante** de un bien, la **empresa *leasing*** y el **usuario** del bien. En el supuesto normal, el usuario ordena a la empresa *leasing* que compre el bien al fabricante y luego le permita el uso del mismo por un tiempo determinado y pagando una renta en los plazos pactados. Al cabo del plazo fijado, el usuario puede prorrogar el contrato, darlo por terminado o comprar el bien por el llamado "precio residual", que suele ser muy pequeño. De esta forma, el usuario al que no interesa o no puede comprar un bien determinado puede utilizarlo pagando una renta periódica; y la empresa *leasing* obtiene la ganancia por la diferencia entre el precio del bien y la cuantía total de los plazos pagados.

Una cierta regulación, pero desde luego nada completa, se contiene en la disposición adicional 7.ª de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, de 29 de julio de 1988, que ha sido objeto de modificaciones posteriores. Posteriormente, la disposición adicional 1.ª LVPBM también ha regulado algunos aspectos relativos al incumplimiento del contrato por el usuario y a las formas de reclamación por esta razón.

Este contrato al usuario le suele resultar más provechoso que la compra del bien a plazos, pues aunque las cuotas del *leasing* son caras, las puede deducir en ciertos casos en sus impuestos, al tratarse generalmente de bienes de equipo cuyos gastos se consideran como gastos de la empresa.

El problema fundamental que se plantea en este tipo de contratos es el de las relaciones entre las partes. En principio, hay una relación entre el fabricante y la empresa *leasing*, y entre ésta y el usuario. Por ello, si el bien se muestra defectuoso, el usuario no puede reclamar al fabricante directamente (no hay relación jurídica entre ellos), y a veces la empresa *leasing* excluye expresamente su responsabilidad por defectos del bien. De ahí la necesidad de pactar en el contrato las cláusulas que permitan solucionar los problemas de este tipo (normalmente, se ceden las acciones de reclamación, que son de titularidad de la empresa *leasing*, al usuario). Como cláusulas usuales, en este tipo de negocios se puede decir que es común pactar que la empresa no se responsabiliza de que el bien sea adecuado para las necesidades del usuario (pues lo eligió éste), que el usuario se suele comprometer a pagar los gastos de mantenimiento y reparación del bien, y que suele obligarse a contratar un seguro a favor de la empresa *leasing* para los casos de pérdida o deterioro del bien.

Como modalidades de la figura general se halla el *lease-back*: el propietario de un bien lo vende a la empresa *leasing* y al mismo tiempo lo arrienda mediante el pago de plazos periódicos. Así, el propietario del bien obtiene ahora liquidez y puede seguir usando el bien. En sus previsiones, esto le resulta provechoso, aunque se obligue al pago de los plazos. Distinto del *leasing* es el llamado *renting*, que es un contrato de arrendamiento ordinario y no un *leasing*. La empresa de *renting* tiene un conjunto de bienes que arrienda a los usuarios. Es ella, por tanto, la que elige los bienes, y no el usuario; tales bienes suelen ser de vida económica muy dilatada (un caso típico son las empresas de alquiler de coches).

4.2.4. Operaciones de *factoring*

Este es también un contrato atípico de naturaleza discutida, debido fundamentalmente a la diversidad de prestaciones que pueden ofrecer las empresas de *factoring*. Éstas se dedican básicamente al cobro de créditos de sus clientes, y en este sentido, su actividad es de colaboración o auxilio al mismo. Sin embargo, a esta prestación básica pueden añadirse otras que cambian por completo la función económica del contrato.

En efecto, lo más usual es que la empresa *factoring* no sólo se obligue a intentar cobrar, sino que asuma otras prestaciones que pueden ser:

a) asumir el riesgo de insolvencia del deudor del cliente, de forma que la empresa paga al cliente aunque ella no cobre del deudor;

b) anticipar el dinero al cliente sin esperar al vencimiento del crédito;

c) es muy común pactar el anticipo de una cantidad del crédito (un 80%, por ejemplo) y dar el resto cuando ese crédito se cobre del deudor. Lógicamente, el precio que cobra la empresa *factoring* por el servicio que presta es mayor cuanto más seguridad dé al cliente, y depende, por tanto, de las condiciones que se pacten.

Al añadirse esos pactos, como se aprecia, el contrato se aleja de su naturaleza de contrato de mediación para ser más bien un contrato de resultado (una especie de comisión de garantía –ved apartado 3.3.1– en el caso del primer pacto) o un contrato de crédito (paralelo a un contrato de descuento, salvo buen fin –ved apartado 4.2.5C–, en el caso del segundo pacto, o de descuento sin recurso si se convienen ambos pactos). De ahí que lo tratemos como contrato de crédito, pues lo más normal es que los pactos lo configuren con esa función económica.

Las entidades de *factoring* y también las de *leasing* se consideran legalmente como "establecimientos financieros de crédito", y se regulan en el RD de 26 de abril de 1996.

4.2.5. Contratos bancarios

La categoría de los contratos bancarios

Dentro de los contratos de crédito, tienen una gran relevancia los contratos bancarios, pues en el fondo, la mayor parte de las operaciones de crédito tienen como soporte la intervención directa o indirecta de una entidad de crédito. Al hablar de operaciones o contratos bancarios, nos referimos no sólo a las realizadas por los bancos, sino, en general, a todas las realizadas por entidades de crédito (bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito).

Conforme al artículo 1.I del Decreto legislativo 1298/1986, las entidades de crédito son empresas que tienen como actividad típica y habitual captar fondos del público, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros y otras análogas que comporten la obligación de restitución, y emplean tales fondos en la concesión de créditos por cuenta propia. Por lo tanto, lo que reciben en depósito lo prestan mediante préstamos. Son tres: los bancos son sociedades anónimas, que buscan el beneficio y lo reparten entre sus socios como dividendos; las cajas de ahorro son fundaciones, sin fin de lucro, que reinvierten los beneficios en su obra social; las cooperativas de crédito (por ejemplo, las cajas rurales) son cooperativas sin fin de lucro, que buscan lograr las operaciones bancarias con sus socios al menor coste posible.

Distintos son los "establecimientos financieros de crédito", que no reciben dinero de sus clientes y se dedican sólo a realizar algunas operaciones financieras; por ejemplo, sociedades de préstamos, entidades de *leasing* y *factoring* o gestoras de tarjetas de crédito.

La inmensa mayoría de estos negocios son atípicos, esto es, no se hallan regulados legalmente, y son fruto de la práctica económica. Existe, sin embargo, alguna regulación de aspectos concretos, como la normativa específica para los contratos de servicios financieros con consumidores comercializados a distancia, constituida por la Ley de 11 de julio del 2007. En ella se establecen normas destinadas a la protección del consumidor (ved lo dicho en el apartado 1.3) cuando el servicio financiero se prepara y se celebra a distancia (sin presencia física simultánea de las partes). Lo fundamental es que se exige al consumidor una información pormenorizada de ciertos elementos contractuales (art. 7) y el derecho de desistimiento del consumidor en un plazo de catorce días naturales, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna (art. 10). La Ley de 13 de noviembre del 2009, de Servicios de Pago (en adelante, LSP), regula algunos aspectos del pago con tarjetas de crédito o mediante transferencias.

Las operaciones bancarias se suelen estudiar atendiendo al criterio de quién asume la posición de prestamista en la relación jurídica. Así, cuando es el banco el que presta, se habla de operaciones activas; de operaciones pasivas cuando a él le prestan; y de operaciones neutras cuando no hay una relación de crédito, sino un servicio de otro tipo prestado por el banco (depósito, colocación de valores mobiliarios en el mercado, etc.). Aunque las operaciones neutras no son operaciones de crédito, las estudiamos aquí para no romper el conjunto de los contratos bancarios. Antes de tratarlas, vamos a referirnos a un contrato que suele servir de soporte a la mayor parte de las operaciones bancarias y que por sí mismo no supone una operación pasiva, activa o neutra. Nos referimos al contrato de cuenta corriente.

Contrato de cuenta corriente

La cuenta corriente es en sí misma una técnica contable que sirve para instrumentar las diversas operaciones del banco con sus clientes. Ambos acuerdan que todas las relaciones de crédito y deuda que nazcan entre ellos se anotan mediante un sistema de "debe" y "haber", y determinan en el mismo momento de cada operación el saldo resultante a favor de uno de los sujetos.

Cuando son varios los sujetos que pueden disponer del saldo de una cuenta corriente, ésta puede ser **mancomunada** o **indistinta**. Es mancomunada cuando para realizar cualquier disposición (salida de dinero) se exige el consentimiento (la firma) de todos o varios de los titulares. Es indistinta cuando cualquiera de los titulares puede realizar disposiciones sobre la cuenta.

Como la mayoría de los contratos bancarios son contratos atípicos, hay muchos supuestos en los que se plantean problemas sin solución legal y ante los que los bancos deben actuar con la mayor prudencia. En este sentido, se suele crear una práctica bancaria seguida por la mayor parte de las entidades de crédito, y que muchas veces se incorpora a las condiciones generales de cada uno de los contratos posteriormente. El Servicio de reclamaciones del Banco de España, además, emite informes relativos a qué prácticas considera o no acertadas, informes que, aunque no vinculan, suelen ser seguidos por las entidades de crédito.

De alguna de tales prácticas y cláusulas contractuales es discutible su ajuste a derecho o, al menos, su no abusividad cuando se celebran con consumidores. En este sentido, se plantean los problemas de posibles abusos en las condiciones generales del contrato que en su momento ya se trataron (ved apartados 1.2 y 1.3). Así, es común pactar que todas las cuentas de un mismo titular funcionen como una cuenta única, de modo que los saldos de una de ellas puedan servir para pagar las deudas de otra; o bien se cobran comisiones simplemente por tener abierta la cuenta, sin un servicio efectivo prestado.

Las operaciones que cabe realizar con soporte en la cuenta corriente son muy diversas y constituyen lo que se llama el "servicio de caja" que presta el banco: domiciliación de recibos y deudas, pago de cheques, servicio de tarjetas de crédito, transferencias, giros, cheques gasolina, cheques de viaje, cajeros automáticos, etc. Estas operaciones dan sustantividad al contrato de cuenta corriente, que, en este sentido, es un contrato accesorio, simple soporte contable de diversas operaciones que, ellas sí, serán operaciones activas, pasivas o neutras.

Operaciones activas

La operación activa más típica es el **préstamo bancario**. Se trata de un contrato de préstamo típico de carácter mercantil. Pero junto a él hay una figura que difiere en muchos aspectos: la "apertura de crédito" o crédito bancario. En ella el banco pone a disposición del cliente una cantidad determinada de dinero y el cliente puede usarla con libertad; al final del plazo pactado pagará los intereses pactados, pero sólo respecto a las cantidades efectivamente dispuestas. Además de tales intereses, se suele pagar una comisión de apertura (un porcentaje sobre el total de la cantidad al principio del contrato) y una comisión de no disponibilidad (un interés que se aplica al dinero no dispuesto por el cliente). La ventaja de este contrato radica en que el cliente puede ingresar dinero en la cuenta corriente, con lo que se amortizará así la cantidad debida en ese momento; luego, paga menos intereses.

Contrato de crédito bancario

Este contrato permite una mayor flexibilidad al cliente, pero es más inseguro para el banco, que en vez de cobrar periódicamente, como es usual en el préstamo, tiene que esperar hasta el final del plazo pactado (normalmente semestral o anual) para ver satisfecha su posición acreedora. Por ello, los créditos sólo se conceden a clientes de confianza y son más caros que el préstamo (normalmente, el interés es un punto o punto y medio más alto).

En varios aspectos existe una regulación especial de los préstamos hipotecarios. El más relevante es la fijación de unos costes máximos para el cambio de acreedor hipotecario, de forma que el prestatario (consumidor o empresario) puede acudir a otra entidad que conceda el préstamo más barato, la cual se "subroga" en el préstamo que ya tiene concedido (Ley 2/1994, de 30 de marzo).

La Ley 41/2007 ha establecido que la información relativa a la transparencia, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los préstamos [art. 48.2.a) LDIEC, en la redacción dada por el art. 1 Ley 41/2007]. La transparencia y protección del cliente de servicios bancarios se regula en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre.

Si el préstamo hipotecario no es concedido por una entidad de crédito o por sus agentes y el prestatario es consumidor, existe una regulación especial tuitiva del deudor en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

Cuando la cuantía del préstamo o crédito solicitado es muy elevada y suponga un gran riesgo para que lo asuma una sola entidad de crédito (o se excede del riesgo que se permite asumir con un sólo cliente), puede realizarse un **préstamo o crédito sindicado**. En él son varias las entidades acreditantes que forman el llamado sindicato. Con ello se diversifica el riesgo, al soportarlo varios bancos, y al cliente le evita tener que acudir a varias entidades; incluso se celebran contratos en condiciones distintas con cada una de ellas. A su vez, las entidades de crédito participantes pueden ceder su posición acreditante a otra entidad o permitir a otro banco que soporte parte de su riesgo.

El interés pactado como contraprestación del préstamo o crédito puede ser un interés fijo o un interés variable. Cada vez es más común que sea variable, esto es, que sea fijado para cada plazo (normalmente de tres o seis meses) con referencia al valor de un interés o de un bien en el momento de su fijación (como el euribor, que es el coste de obtención de recursos en el mercado interbancario comunitario en ese momento). De esta forma, ambas partes ven

que el interés va adecuándose al coste real del dinero y a la marcha general de la economía. En el artículo 22 LCC se establece una regulación del interés variable cuando se concede a consumidores.

El **crédito documentario** es un contrato en virtud del cual el banco, por orden de su cliente, se obliga a pagar a un tercero una cantidad a cambio de la entrega, por este tercero, de una serie de documentos. Ha sido muy utilizado en compraventas internacionales, en las que el banco del comprador satisface al vendedor el precio de la venta, a cambio de los documentos de la misma. Por ello, el vendedor tiene la seguridad de que se le va a pagar, pues el obligado es un banco. Además, la relación tercero-banco es abstracta, independiente de la relación del tercero con el cliente (independiente, por lo tanto, de la compraventa o del negocio existente entre ellos), con lo que la seguridad es aún mayor.

Hay que destacar que existen unas reglas y usos uniformes sobre créditos documentarios que, no constituyendo derecho positivo de ningún país, son, sin embargo, aceptadas como régimen aplicable en la inmensa mayoría de contratos de este tipo. Su última versión es del 2007.

Normalmente, los documentos que el tercero debe entregar al banco para cobrar son el documento del transporte (carta de porte, talón de ferrocarril, conocimiento de embarque), la factura comercial de la venta y la póliza de seguro del bien vendido (que cubre los deterioros en el transporte). Junto a ellos puede haber otros muchos: certificado de origen, factura consular, etc. El banco que paga al vendedor tiene obligación de comprobar que están todos los documentos y que, al menos formalmente, no presentan ningún defecto.

Una operación activa muy importante para las empresas es el **descuento**. Consiste en el anticipo que el banco hace de un crédito no vencido, previo el descuento de un tipo y salvo buen fin. El titular de un crédito no vencido acude a un banco; éste le hace efectivo el importe de ese crédito antes del vencimiento, pero le deduce un porcentaje en concepto de contraprestación. El banco, al vencer el crédito, lo cobrará a su deudor; ahora bien, si éste no le paga, podrá reclamar al cliente que descontó que le devuelva la cantidad recibida y sea él quien intente cobrar (eso significa la cláusula "salvo buen fin"). De esta forma, el cliente obtiene dinero líquido sin esperar al vencimiento de sus créditos, y, aunque es menos cantidad, prefiere esa liquidez para poder adquirir bienes o pagar sus deudas. La entidad de crédito gana la diferencia entre lo que paga al descontar y lo que cobra.

Es muy común que a los clientes que mantienen continuas relaciones comerciales y son de la confianza del banco se les abra una "línea de descuento": se fija una cantidad máxima y el cliente puede descontar créditos hasta el límite de esa cantidad; alcanzado el límite, cada vez que venza un crédito y el banco lo cobre, se pueden realizar otros descuentos hasta esa cuantía. De esta manera se evita tener que realizar numerosos contratos de descuento, uno por cada crédito, cuando ya hay suficiente confianza con el cliente.

El efecto de que el cliente responda de la solvencia del deudor puede excluirse; entonces el descuento se denomina "sin recurso".

Por último, haremos una referencia a las **tarjetas de crédito**. Existe una distinción fundamental entre ellas atendiendo al plazo existente entre la fecha de transacción, de compra, y la fecha del cargo de tal transacción en la cuenta del cliente. Así, cuando el cargo es inmediato, en el mismo momento de realizar la transacción, las tarjetas suelen denominarse **de débito**. Cuando se salda la compra en un plazo prefijado pero corto, normalmente mensual, se suelen denominar tarjetas **de compra**. Y cuando el titular paga en plazos más bien dilatados, son las verdaderas tarjetas **de crédito**, en las que sí se le cobra un tipo de interés por el aplazamiento del pago.

Las tarjetas de débito

Como se aprecia, sólo en las tarjetas de crédito y, en menor medida, en las de compra hay verdadera operación de crédito (anticipo de dinero), pues en las de débito simplemente se realiza una mediación en el pago. Las tarjetas de débito, por lo tanto, no suponen una operación activa del banco, sino más bien una operación neutra.

En las tarjetas existe una triple relación:

1) En primer lugar, entre el **banco** y la **marca emisora** de las tarjetas. Normalmente, en vez de emitir cada banco sus tarjetas, lo cual encarecería los costes y la infraestructura de información y datos, hace un contrato con compañías que emiten tarjetas que ya se utilizan por otros bancos y entidades para poderlas usar él también (así, las tarjetas de las redes 4B, Mastercard, Servired o VISA). Normalmente, este contrato será de franquicia.

2) En segundo lugar, hay un contrato entre el **banco** y el **establecimiento** que acepta el pago con tarjetas. El banco se compromete a hacer frente a los pagos realizados con tarjeta, y el establecimiento le descuenta al banco un porcentaje, de manera que cobra menos del precio total. El establecimiento debe comprobar la regularidad de la tarjeta, la identidad del titular, etc. A partir de la LSP de 13 de noviembre del 2009, el establecimiento puede cobrar al cliente que paga con tarjeta un sobreprecio (de esta forma, puede repercutirle parcialmente el descuento que le hace el banco).

3) En tercer lugar, existe una relación entre el **banco** y su **cliente**. Aquél se obliga a hacer frente a las compras realizadas y éste, a pagar el saldo resultante de las mismas. Normalmente, el titular debe pagar una cantidad anual, pero no realiza ningún otro gasto adicional; no se le cobra porcentaje alguno. El banco obtiene una ganancia por esa cuota anual y por el descuento que le hace el establecimiento, si bien debe, a su vez, pagar a la marca por el uso de la tarjeta. Para garantía del cliente, la Ley de Servicios de Pago establece que si éste pierde la tarjeta o le es sustraída y alguien la utiliza ilegítimamente, el cliente sólo responderá de 150 euros, y el resto de operaciones realizadas las asumirá el banco.

El límite al que acaba de hacerse referencia opera siempre que el cliente haya sido diligente en el cuidado de la tarjeta, y haya notificado sin demora la pérdida en cuanto la haya conocido (arts. 32 y 27 LSP). La Ley de Servicios de Pago, además, permite que los costes del pago con tarjeta se trasladen al cliente, de forma que para éste sea más caro pagar con tarjeta que hacerlo en metálico. Todo dependerá de lo que establezca el vendedor.

Operaciones pasivas: depósito de dinero

El depósito irregular de dinero es la operación pasiva más común. Consiste simplemente en la entrega de dinero por parte del cliente al banco, el cual adquiere su propiedad y se obliga a devolver la misma cantidad más los intereses que se fijan en el tiempo establecido. El régimen varía según sea el plazo en el que pueda ser solicitada su restitución por el cliente deponente. Cuando puede solicitarlo en cualquier momento, se habla de depósitos a la vista. Si se obliga a no pedirlo hasta un momento determinado, se habla de depósitos a plazo o imposiciones. Lógicamente, éstos dan intereses mucho mayores, debido a la seguridad que tiene el banco de no devolver ese dinero hasta un momento posterior.

El depósito irregular es, a nuestro parecer, más un préstamo que un verdadero depósito. De hecho, el artículo 309 CdeC ya dice que se aplicarán las reglas del préstamo mercantil, de la comisión o del contrato que en sustitución del depósito se hubiere celebrado. Se prevé, por lo tanto, que la función económica del contrato no es de custodia, sino la propia del crédito o de la comisión. La cuestión no es teórica, pues si fuera un verdadero depósito, el banco no podría, según considera la mayoría de la doctrina, compensar saldos positivos del cliente con deudas de éste frente al banco, pues lo prohibiría el art. 1202 Cc, aplicable al depósito.

Hay que destacar que actualmente la devolución del importe del depósito está garantizada por el Fondo de Garantía de Depósitos para consumidores y particulares –no para inversores profesionales– en el caso de insolvencia de la entidad de crédito, hasta una cuantía de 100.000 euros por cada titular. Por otro lado, los saldos bancarios a menudo son objeto de prenda para garantizar la devolución de deudas del cliente frente a la entidad de crédito.

Operaciones neutras

Las operaciones neutras no constituyen operaciones de crédito, sino, fundamentalmente, de depósito o de mediación, y por ello su encuadre en este apartado no es del todo correcto. Sin embargo, se tratan aquí para cerrar una visión conjunta de las operaciones bancarias. Tradicionalmente han tenido poca relevancia en la actividad bancaria, pero recientemente ha aumentado su volumen, debido fundamentalmente a que no son riesgo asumido, y por ello no suponen peligro alguno para el banco ni se computan a efectos de los coeficientes y medidas de restricción, y a que las entidades de crédito han perdido presencia en las operaciones activas. De ahí que se haya acudido a las operaciones neutras como forma de aumentar los ingresos y de seguir manteniendo un papel importante en el mercado del dinero.

Las entidades de crédito, además de los depósitos irregulares, que como hemos visto participan de la naturaleza del préstamo y son operaciones pasivas, realizan depósitos ordinarios de bienes no percederos con función de custodia.

Una especialidad importante la constituyen los casos de "depósito de valores negociables", cuya conservación exija el ejercicio de los derechos incorporados al título. Se habla en este supuesto de depósitos abiertos o depósitos administrados. El ejemplo más característico es el de las acciones de una sociedad anónima. En tales casos la entidad depositaria debe ejercitar los derechos incorporados para obtener un correcto aprovechamiento del título depositado.

Así, en el caso de acciones debe cobrar los dividendos, pagar los dividendos pasivos, canjear los títulos si así se decide, etc. Un problema se plantea en este caso cuando nace a favor del titular un derecho de suscripción preferente; el banco no puede decidir por sí solo si ejercerlo o no, y, si el cliente tampoco comunica qué hacer la actuación del depositario, queda abandonada a su juicio de prudencia (en la práctica, se suele vender el derecho de suscripción).

Desde que la mayoría de las acciones ya no se emiten en "papel", sino como "anotaciones en cuenta" (ved módulo 4), la gestión se ha facilitado mucho y ya no hay que "guardar" el documento, pero, aun así, los bancos siguen encargándose de avisar al titular para que ejercite sus derechos.

A veces estos depósitos abiertos se usan como garantía de operaciones activas, al igual que los depósitos de dinero. El cliente afecta los títulos depositados al cumplimiento de su posición deudora frente al banco, de forma que si no paga sus deudas, el banco puede vender los títulos y quedarse con el dinero correspondiente.

Por otro lado, las entidades de crédito suelen ofrecer un servicio de cajas de seguridad. El cliente, por el pago de un precio, dispone de una llave de una pequeña caja de seguridad donde puede ingresar los objetos que desee. Con ello se asegura el secreto de los objetos depositados y poder cambiar el contenido en cualquier momento sin celebrar un nuevo contrato (a diferencia del depósito ordinario). El negocio se asimila más a un arrendamiento (se alquila un espacio físico del banco) que a un depósito (¿qué se guarda si la caja, por ejemplo, está vacía?). Normalmente, se pacta que, en caso de robo, la responsabilidad del banco y del asegurador se limita a una cantidad fija, independiente del valor de lo que pudiera haber en la caja (valor que el banco, obviamente, desconoce).

La **transferencia** es una orden de abono de una cantidad determinada de dinero de una cuenta corriente a otra. La cuenta beneficiaria puede ser del mismo ordenante o de un tercero y puede estar abierta en esa o en otra entidad financiera. Así el cliente puede realizar pagos a terceros o mover dinero entre sus propias cuentas sin necesidad de desplazar físicamente cantidades de dinero.

Existe una regulación detallada de ciertos aspectos de las transferencias en la Ley de Sistemas de Pago de noviembre del 2009, que armoniza todos estos temas en los países comunitarios para lograr una zona única de pagos en euros (*single euro payments area*, SEPA). Ahí se establecen reglas específicas en cuanto al momento en que la orden debe cumplirse y debe cargarse en la cuenta del ordenante y abonarse en la del beneficiario, así como las consecuencias de los errores en la ejecución de las transferencias.

Parecida a la transferencia es el "giro" mediante el que el cliente ordena poner una cantidad de dinero a disposición de una persona en una entidad financiera determinada. La diferencia con la transferencia, por lo tanto, es la de que no se ordena un abono contable en una cuenta corriente, sino una puesta a disposición de dinero efectivo a favor de un tercero o del mismo ordenante.

Dada su particular posición, los bancos pueden operar como intermediarios óptimos entre los empresarios que desean colocar bonos en el mercado, y los inversores que buscan títulos de alta rentabilidad. Nos remitimos a lo expuesto en el apartado 4.3.3.

4.2.6. Garantías personales

Las garantías que se pueden establecer para asegurar el pago de un crédito pueden ser de dos tipos: reales y personales. Las garantías reales se suelen estudiar en derecho civil. En cambio, las garantías personales dan lugar a un derecho personal, por lo que vamos a realizar una breve referencia sobre las mismas.

La garantía personal se denomina "fianza". Consiste en que el fiador o avalista asuma la obligación de pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste (art. 1822 Cc). De esta forma, el acreedor tiene la seguridad de que, aunque el deudor no le satisfaga su deuda, lo hará el fiador. Por ello, el fiador deberá ser persona solvente, pues si no es así, en la práctica, la garantía pierde operatividad real e interés para el acreedor.

Las reglas de la fianza en el ámbito mercantil no presentan especialidades notables con las reglas del Código civil. La fianza es mercantil cuando el contrato cuyo cumplimiento se asegura es mercantil (art. 439 CdeC). Debe constar por escrito (art. 440 CdeC), en lo cual se diferencia de la fianza civil.

Existen sociedades, las de Garantía recíproca, cuyo objeto social consiste en afianzar a sus propios socios (ved módulo 2).

La fianza, como toda garantía, tiene un carácter accesorio de la deuda que garantiza, y por ello, si ésta se extingue, con ella también lo hace la fianza. Otras consecuencias de esta característica son que el fiador no puede obligarse a más que el deudor, y si así lo hiciera, se reduce la obligación a la del deudor (ved art. 135.II LC). La transmisión del crédito conlleva también la de sus garantías, y entre ellas las fianzas si las hubiere.

El fiador disfruta, salvo pacto en contrario, de dos beneficios:

1) El **beneficio de excusión** significa que para la responsabilidad del fiador es preciso que no haya bienes del deudor que haya que embargar (art. 1830 Cc). De esta forma, el fiador sólo está obligado a pagar cuando el deudor sea insolvente, si bien debe ser el propio fiador quien indique al acreedor qué bienes del deudor puede embargar.

2) El **beneficio de división** hace que, habiendo varios fiadores (supuesto de cofianza), sólo se pueda exigir a cada uno de ellos la parte proporcional de la deuda afianzada (art. 1837 Cc).

Estos beneficios son excluibles por las partes (de hecho, es muy común), sobre todo en el ámbito mercantil, que el acreedor exija del fiador la renuncia a ambos beneficios como condición de la concesión del crédito o préstamo

que va a ser garantizado. Incluso la jurisprudencia ha entendido (a nuestro parecer, incorrectamente) que, aun no pactándose así expresamente en una fianza mercantil, dado el principio de solidaridad que se predica de este ordenamiento, el fiador no puede solicitar el beneficio de excusión.

El pago de la deuda por parte del fiador hace que éste pueda repetir contra el deudor subrogándose en la posición jurídica del acreedor. El deudor debe indemnizarle la cantidad total de la deuda, los intereses legales de la misma, los gastos ocasionados y los daños y perjuicios cuando procedan (art. 1838 Cc).

Como forma especial de garantía personal, cabe citar las llamadas garantías "a primera demanda", "a primer requerimiento" o "autónomas". En ellas, el emisor de la garantía, normalmente una entidad bancaria, se compromete frente al acreedor garantizado a pagar la deuda garantizada en cuanto el acreedor se lo pida y sin mayores requisitos (a primera demanda). El acreedor no tendrá siquiera que demostrar que intentó cobrar al deudor, y menos aún que éste carecía de bienes para pagarle, pues la garantía es "autónoma" o independiente de la deuda garantizada. Esto facilita la reclamación del acreedor. Ahora bien, si dicho acreedor abusa de su posición y cobra al fiador sin ir antes contra el deudor, éste podrá reclamarle los daños y perjuicios ocasionados por no haberle reclamado antes a él (pérdida de crédito en el sistema bancario, gastos frente al banco, etc.).

También hay que citar las llamadas "cartas de intención" o "cartas de patrocinio", muy extendidas en los últimos tiempos, donde normalmente la empresa madre de una filial a la que se ha concedido o se va a conceder un crédito manifiesta conocer tal crédito y su apoyo a la operación y a la empresa filial en general. Puede que la madre asuma los riesgos de impago, por lo que nos hallaríamos entonces ante una fianza; o puede que simplemente manifieste una buena intención respecto al pago del préstamo, pero sin asumir compromisos jurídicos. En este último caso, la relevancia jurídica de estas "cartas" es casi nula, pero en la práctica dan seguridad a la operación, pues el acreditado confía en que la madre no va a permitir el impago de la filial, con el descrédito que ello conllevaría para el grupo de sociedades donde se integran.

4.3. Mercado de valores

4.3.1. Una aproximación al concepto y función de los mercados de valores. La Ley de Mercado de Valores

Como hemos señalado en el apartado 4.1 de este módulo, las empresas pueden acudir al mercado de crédito para financiarse, y pedir un préstamo, o lograr dinero por medio de la emisión de títulos, que colocan entre el público o entre inversores profesionales. Estos títulos pueden suponer un préstamo del inversor (obligaciones) o una participación en el capital (acciones emitidas

en una ampliación de capital). Para que la emisión de títulos se suscriba con facilidad, es preciso que exista un mercado de valores, una forma organizada de encuentro de emisores e inversores que permita, entre otras cosas:

- una emisión masiva de títulos (que regule el concepto de título, sus clases, requisitos, etc.);
- difundir una información real acerca de los emisores; por ejemplo, con las páginas web de las sociedades cotizadas (ved módulo 2);
- conferir seguridad y credibilidad al sistema (sometimiento de las emisiones a calificación de entidades de *rating*, existencia de intermediarios especializados, organización de un sistema de contratación, publicación de las cotizaciones, etc.);
- dar liquidez al sistema, de forma que el inversor puede vender sus títulos con cierta facilidad.

Con esa finalidad surge la regulación de los mercados de valores, que delimita los conceptos e instituciones precisos que facilitan el cumplimiento de esas funciones. La ley reguladora en España es la Ley de Mercado de Valores, de 1988 (en adelante, LMV), muy modificada posteriormente. Hasta entonces, en nuestro país no existía una regulación de los conceptos básicos (concepto de valor negociable, de mercados primarios y secundarios, etc.), y la ley supuso una modernización importante. Esta ley creó, además, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV), un órgano independiente del poder estatal, que vela por la transparencia de los diversos mercados, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores. Con tales fines puede imponer sanciones y dictar normas que regulan la actuación en los mercados de valores.

Los valores negociables que se emiten y negocian en estos mercados se definen como "cualquier otro derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea la denominación que se le dé, que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera". El prototipo es la acción al portador de la anónima o las obligaciones (ved módulo 2).

4.3.2. Sujetos que actúan en los mercados. Normas de actuación

En los mercados actúan tres grupos de sujetos; cada uno de ellos tiene un régimen jurídico específico: emisores de títulos, inversores e intermediarios.

Los **emisores** de títulos deben comunicar cualquier información relevante sobre la marcha de la empresa a la CNMV y mantener en secreto cualquier operación que se esté diseñando y que pueda afectar a la cotización. Además, deben cumplir una serie de requisitos para emitir valores o para que los emitidos sean admitidos a cotización.

Ved también

Sobre el régimen de la sociedad anónima cotizada, por ejemplo, ved módulo 2.

Los **inversores** pueden ser particulares (pequeños ahorradores) o inversores profesionales (instituciones de crédito, instituciones de inversión colectivas, etc.). Los primeros tienen una especial protección, pues en caso de concurso de los intermediarios adheridos, el Fondo de Garantía de Inversiones garantiza a cada inversor la cantidad de 100.000 euros.

Los **intermediarios** se agrupan en la categoría general de "empresas de servicios de inversión" (ESI), reguladas ahora por el RD 217/2008, de 15 de febrero. Pueden ser de cuatro tipos:

1) **Sociedades de valores:** pueden realizar cualquier tipo de operación y actuar por cuenta ajena o propia (esto es, pueden invertir ellas mismas su patrimonio).

2) **Agencias de valores:** no pueden actuar por cuenta propia, sino sólo por cuenta ajena (siempre lo hacen por mandato de un cliente); además, no pueden asegurar una emisión de títulos ni conceder crédito a los comitentes (ved apartados 4.3.3 y 4.3.4).

3) **Sociedades gestoras de carteras:** sólo pueden gestionar carteras de valores con arreglo a los mandatos de los clientes y realizar asesoramiento general sobre inversiones.

4) **Empresas de asesoramiento financiero:** únicamente pueden asesorar sobre las inversiones que se vayan a realizar.

Asimismo, cualquier entidad de crédito que tenga recogido en su objeto social ejercer su función puede actuar como ESI. Igualmente, puede actuar en España como ESI cualquier entidad que esté autorizada para realizar esa función en un país de la Unión Europea (principio de pasaporte comunitario).

Cualquiera de estos sujetos que actúan en el mercado está sometido a unas importantes normas de actuación. La más relevante es la llamada "prohibición de uso de la información privilegiada" (art. 81 LMV). Consiste en que el sujeto que conozca información que no es pública, y que de serlo podría influir de manera apreciable sobre la cotización de los valores a los que se refiere, deberá abstenerse de realizar operación alguna relacionada con esa información ni comunicar tales datos a ninguna otra persona. Estas prohibiciones se aplican también a los administradores y a los miembros del consejo de control de una sociedad anónima europea domiciliada en España que haya optado por el sistema dual en relación con cualquier operación sobre valores de la propia

sociedad o de las sociedades filiales, asociadas o vinculadas, sobre las que dispongan, por razón de su cargo, información privilegiada o reservada. Tampoco podrán sugerir su realización a cualquier persona en tanto esa información no se dé a conocer públicamente.

Esta conducta podría ser antes también sancionable, pero habría que acudir a preceptos generales de teoría de obligaciones que hacían más difícil una articulación exitosa de la reclamación. Al existir ya esta tipificación, se otorga mayor seguridad al mercado y mayor protección a los inversores y operadores en general.

Los intermediarios deben proteger siempre el interés del cliente y no provocar una evolución artificial de las cotizaciones. Deben establecer las medidas necesarias para impedir el flujo de información entre sus distintas áreas de actividad y departamentos (las llamadas "murallas chinas"), de forma que cada una actúe de independientemente.

4.3.3. Operaciones en el mercado primario de valores

Se llama **mercado primario** a aquel donde se emiten los valores y se "suscriben" (se adquieren por primera vez) por los inversores. Se produce, normalmente, cuando una empresa emite acciones para aumentar su capital o emite obligaciones para lograr financiación.

Puede que esa emisión se suscriba directamente por personas concretas, pero lo más común es lanzarla como una "oferta pública de suscripción" (OPS); así, se da un plazo para que cualquier interesado pueda suscribir el número de valores que desee. Esa oferta debe cumplir unos requisitos fijados legalmente, y está supervisada por la CNMV.

Ejemplo

A veces no se hace OPS porque, por ejemplo, la ampliación de capital se suscribe totalmente por todos los socios, quienes ejercitan su derecho de suscripción preferente; o porque la emisión se hace para que entre un inversor concreto como socio, para lo que se suprime el derecho de suscripción preferente de los socios (ved módulo 2).

Normalmente, para colocar los valores, los emisores contratan a intermediarios financieros (sociedades y agencias de valores, entidades de crédito, etc.) para que encuentren a los posibles suscriptores y gestionen su suscripción. Estos contratos, que engloban varias modalidades, se suelen denominar de "dirección", "colocación", o "coordinación" de emisiones de valores. El intermediario puede comprometerse a colocar todos los valores, a que todos se suscriban; en tal caso, la colocación está "asegurada".

Normalmente, los intermediarios que actúan son varios, y uno de ellos dirigirá y coordinará a los demás. A menudo, además, el director de la operación habrá hecho estudios de mercado para saber qué tipo de valores hay que emitir, o habrá realizado las gestiones necesarias para realizar la emisión.

El aseguramiento de la colocación –que no puede ser realizado por agencias de valores, como vimos– lo puede arrostrar el intermediario bien porque suscribirá los valores para los que no encuentre suscriptor, bien porque los colocará en los fondos de inversión que, de forma indirecta, suele gestionar.

A menudo el emisor de valores pedirá a una empresa especializada que estudie su solvencia y dé su opinión pública acerca del nivel de fiabilidad de la inversión (esto es, de la seguridad de que el dinero pagado por las obligaciones, por ejemplo, y sus intereses serán hechos efectivos a su vencimiento). A esta operación se le llama "calificación de la emisión" y a las entidades que las realizan, entidades de *rating* (como Moody's, o Standard&Poors). De esta forma, el inversor tiene el criterio de una empresa especializada y puede confiar en que la inversión es segura.

4.3.4. Operaciones en el mercado secundario bursátil

Los títulos ya suscritos originariamente pueden ser luego transmitidos de forma sucesiva. Ese mercado donde circulan los títulos ya suscritos es el **mercado secundario**. La ley regula los mercados secundarios oficiales, esto es, los que están organizados y regulados legalmente, de los cuales el exponente más conocido es la bolsa de valores, por lo que vamos a limitar la exposición a cómo se contrata en la misma. En los mercados oficiales existen intermediarios profesionales que responden de su actuación y del cumplimiento de los terceros, y además entidades centrales de interposición que vigilan el mercado y el cumplimiento de los negocios en él celebrados. Además, los negocios están normalizados y los precios a los que se acaban de celebrar las operaciones (la llamada "cotización") son públicos.

En la bolsa de valores la mayoría de las operaciones se celebra por medio de un sistema informático de contratación, que es el llamado "mercado continuo". Los intermediarios se hallan interconectados al sistema e introducen sus órdenes de compra y venta cuando les conviene, buscando contraparte para las mismas. Para realizar cualquier tipo de adquisición de títulos en bolsa, es preciso dar la pertinente orden de compra o venta a una sociedad o agencia de valores. Toda compraventa de títulos requiere así de un contrato de comisión (ved apartado 3.3.1), en el que el comisionista de compra o venta será una de las entidades referidas. Hay que resaltar que se trata de una comisión de garantía.

En efecto, el intermediario responde frente al ordenante del cumplimiento del contrato. Si el vendedor no cumple, por ejemplo, el intermediario entregará unos títulos iguales a los comprados al ordenante y luego reclamará al vendedor por su incumplimiento. Lo que, en cambio, no garantiza el intermediario es que va a encontrar comprador o vendedor, contraparte para su cliente. Por otro lado, los intermediarios actúan siempre "en nombre propio", de forma que son ellos los obligados a pagar o entregar los títulos frente a la otra parte (ved apartado 3.3.1).

En la actualidad, en las bolsas sólo se pueden celebrar operaciones al contado, esto es, operaciones en las que la entrega de los títulos y del dinero es inmediata. Sin embargo, tanto comprador como vendedor pueden pedir de una sociedad de valores (no de una agencia de valores, que no está autorizada para ello), o de una entidad de crédito, la concesión de un crédito que cubra parcialmente la operación. De esta forma, se opera, de hecho, como si la ope-

ración fuera a plazo, pues el cliente paga o entrega parte del precio o de los títulos en un momento posterior al de la compra. Este sistema de crédito a los comitentes está regulado por una OM de 25 de marzo de 1991.

4.3.5. Ofertas públicas de adquisición

La oferta pública de adquisición de valores (OPA) se halla regulada en el RD 1066/2007, de 27 de julio, que ha modificado sustancialmente el régimen anterior. Como su nombre indica, se trata de una oferta hecha al público para adquirir acciones de una sociedad que cotiza (en vez de adquirirlas poco a poco en compras a distintos titulares). La técnica de la OPA se justifica por dos ideas: hacer público que se quiere adquirir un paquete de acciones para que todos –socios y extraños– lo conozcan; y permitir a todos los accionistas que vendan a un mismo precio y con igualdad de condiciones.

La OPA más conocida, y también la más practicada, es la llamada de "toma de control", que es obligatoria. La LMV ordena que cuando una entidad ya ha alcanzado el control de una sociedad cotizada está obligada a formular una OPA a todos los titulares de acciones o títulos convertibles a un precio adecuado. También es obligatorio realizar una OPA cuando una sociedad que cotiza acuerde dejar de cotizar (la sociedad compra las acciones a los socios que no quieran serlo de una entidad que no cotiza), y cuando se quiera reducir el capital.

A los efectos de la OPA de toma de control, se entiende que se ha alcanzado el control de una sociedad cotizada cuando se tiene un paquete de acciones que suponga el 30% de los votos o más. Para ello, se tienen en cuenta no sólo las acciones de las que sea titular la entidad, sino también aquellas de las que sean titulares las entidades del grupo. El precio ofrecido no puede ser inferior al más elevado que el oferente hubiera satisfecho por esos títulos en los doce meses previos al anuncio de la oferta.

4.3.6. Referencia a las opciones y futuros financieros

Como una muestra del nivel de complejidad al que llegan los negocios financieros, cabe hacer una somera referencia a los llamados "derivados financieros", que son también operaciones de mercados de valores e "instrumentos financieros" que incluso pueden ser contratados, en algunas de sus modalidades, en un mercado secundario oficial existente en España. En el "futuro financiero" las partes pactan desde ahora una compraventa de una cierta cantidad de bienes o de índices financieros, prefijando la cantidad, el precio y el momento de ejecución. Así, ambas partes se aseguran un precio con independencia de cuál sea el del mercado en el momento de ejecución.

De esta manera, por ejemplo, una compañía aérea puede fijar, en el mercado de futuros sobre petróleo, que comprará "x" miles de barriles de petróleo a un precio "y" en enero de 2012. De esta forma, logra desde ahora un precio fijo y calcula ya sus costes y sus precios de billete para ese año. Aunque el petróleo esté muy caro, obtendrá esos "x" miles de barriles con el precio fijado. Lo malo es que, si el petróleo baja de precio, pagará más caro un petróleo cuyo precio de mercado es barato. Pero ella prefiere la seguridad de conocer desde ahora el precio que va a pagar.

En la "opción financiera", el comprador de la opción paga una prima, y a cambio de eso obtiene el derecho a comprar (*call*) o a vender (*put*) una determinada mercancía o un instrumento financiero, en una cantidad prefijada y a un precio determinado, en un momento futuro. De esta forma, el comprador decidirá, en ese momento futuro y en función de cómo esté el precio del mercado, si ejercita la opción (la de compra, si el precio de mercado es más caro que el pactado en la opción; la de venta, si el precio de mercado es más barato).

5. Mercado del riesgo

5.1. Contratos aleatorios y mercado del riesgo

Los contratos de riesgo o aleatorios son aquellos en los que la cuantía de la prestación, su misma existencia o algunas de sus características dependen por completo de la suerte.

En ellos no cabe aplicar las reglas de otras figuras contractuales, dado que es totalmente indeterminado algún aspecto del objeto o prestación del negocio. Normalmente, la contraparte de aquel cuya obligación depende de la suerte realiza una contraprestación a cambio. Pero de tal prestación no cabe predicar, por ejemplo, que sea equivalente al riesgo asumido, sino en un nivel puramente teórico. Es más, las partes especulan en este tipo de contratos y cada una espera que la suerte le favorezca (por ejemplo, al "jugar" en bolsa). Hay un riesgo asumido por ellas que no es equiparable a las reglas normales de los contratos de cambio.

Así, en el contrato de "renta vitalicia", una persona se obliga a pagar a otra una determinada renta mensual (normalmente, en caso de ocurrir un determinado evento) hasta su muerte. El tiempo que durará esta obligación y, consecuentemente, la cuantía pecuniaria de la misma es desconocido y depende del fallecimiento más o menos temprano del sujeto beneficiario. Igualmente, si se pacta pagar una cantidad a partir de la jubilación, si el sujeto beneficiario muere antes de jubilarse, la obligación de la contraparte no se hace nunca efectiva.

Dentro de estos contratos, el prototipo, que es el contrato de seguro, se enmarca además dentro del que podríamos denominar "mercado del riesgo", esto es, el mercado donde se ponen de acuerdo las personas que precisan protegerse del riesgo de que ocurra un evento dañoso (los "demandantes de seguridad" o "demandantes de cobertura") y las que ofrecen cubrir frente a ese riesgo a cambio de un precio (los "oferentes de seguridad o cobertura", que son las compañías de seguro). Todos los consumidores y los empresarios están sometidos a diversos riesgos, y, normalmente, se precaven frente a los posibles daños contratando un seguro. A continuación vamos a exponer brevemente las principales características de este negocio.

5.2. Concepto y características del contrato de seguro

El artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980, lo define como "aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura que hay que indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.

Mediante este negocio, por lo tanto, el asegurado se previene ante un posible riesgo, de forma que en caso de que suceda, el asegurador le indemnizará por el daño sufrido.

En este contrato hay una serie de conceptos básicos que es preciso tomar como punto de partida para su comprensión.

- El **interés** es la relación de contenido económico que existe entre un bien y una persona. Este concepto sólo es aplicable, en puridad, al seguro de cosas, pues en el de personas no hay una relación de contenido económico, sino una relación personal que, aunque se evalúe en dinero, supone un perjuicio irreparable que nunca se satisface realmente.
- El **riesgo** es la causa del contrato, la razón por la que se celebra el seguro, y consiste en la posibilidad de que acaezca un evento dañoso.
- La **suma asegurada** es la cuantía en la que se asegura el interés, y determina la prima que hay que pagar; opera, además, como límite máximo del valor de la indemnización.

La suma asegurada cumple así una triple función. Es la cantidad alzada en la que se valora el interés (en el seguro de cosas) o que se determina como cantidad que se debe pagar en caso de siniestro (en el seguro de personas). Por ello determina la prima, pues a mayor suma asegurada, mayor será el valor de la prima. En el caso del seguro de daños será la cantidad máxima que satisfará la compañía (aunque el daño fuera mayor); en el seguro de personas es la cantidad fija que se hará efectiva al beneficiario.

La norma fundamental sobre el contrato de seguro está constituida por la Ley de Contrato de Seguro, antes citada, cuya característica más importante es su imperatividad, pues no cabe otorgar al asegurado menos derechos de los que fija la ley, aunque sí se pueden pactar condiciones más ventajosas para él. Así, se trata de evitar posibles abusos de las compañías sobre sus clientes. Este interés por la defensa del cliente motiva que la ley preste especial interés a las condiciones generales del contrato (sobre este concepto, ved apartado 1.2), que deben ser claras y precisas. El asegurado debe aceptar específicamente las cláusulas limitativas de sus derechos, que además deben estar resaltadas.

Las cláusulas limitativas no están prohibidas, pero para vincular al tomador deben estar resaltadas y aceptadas expresamente. Cláusula limitativa es la que opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido. Distinta es la cláusula de delimitación del riesgo, que es la que especifica qué clase de éstos se ha constituido en objeto del contrato. La STS 20 abril 2009 considera cláusula limitativa la que, en un seguro de accidentes, limitaba la cobertura a incapacidades declaradas dentro del año siguiente al accidente.

5.3. Sujetos intervinientes en el contrato de seguro

Las compañías aseguradoras deben obtener una autorización administrativa e inscribirse en un registro especial del Ministerio de Economía y Hacienda para poder operar. Sus requisitos y estructura están regulados por la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, texto refundido de 29 de octubre del 2004. Para contratar, estas compañías suelen servirse de agentes mediadores, cuya actividad está regulada en la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros Privados.

El **tomador** del seguro es la persona que contrata el seguro con el asegurador; por tanto, asume las obligaciones del contrato y, en concreto, la del pago de la prima. El **asegurado** es el titular del interés objeto del contrato (el propietario del objeto asegurado, normalmente) o la persona cuya muerte, enfermedad, etc., determina el siniestro. El "beneficiario" es la persona que cobrará la indemnización.

Puede que tomador, asegurado y beneficiario coincidan, pero ello no es preciso. Por ejemplo, una persona (tomador) puede asegurar que a la muerte de su padre (asegurado), la compañía pagará una pensión a su madre (beneficiaria). Pero aunque coincidan las tres cualidades en una misma persona, siempre son tres posiciones jurídicas, con una serie de derechos y obligaciones cada una.

Las obligaciones del tomador son las de declarar el riesgo, así como las circunstancias que pudieran agravarlo o disminuirlo, a fin de que el contrato se adecue a ellas. Debe comunicar el acaecimiento del siniestro o daño en los siete días siguientes al mismo. Y debe aminorar el daño ocurrido en la medida de lo posible, pues sólo se le indemnizará por el daño que no hubiera podido evitar, y no por el evitable pero permitido. En cuanto a la obligación de pago de las primas, la ley determina las consecuencias del impago, diferentes según se refiera a la primera o única prima, o a cualquiera de las sucesivas (art. 15 LCS).

Las obligaciones del asegurador son las de entregar la póliza y pagar la indemnización. La ley favorece el desembolso rápido de ésta, pues establece que en los cuarenta días siguientes al daño o siniestro debe satisfacerse la cantidad mínima que se prevea como cantidad debida, y, en tres meses, el resto (arts. 18 y ss. LCS). Además, si existe mora en el pago, se satisfará un interés igual al interés legal, incrementado en un 50%; y si la mora es superior a los dos años, a partir del segundo año el interés no será inferior al 20% de la cantidad adeudada. Este interés no se devenga si la negativa al pago por la aseguradora ha sido justificada (por ejemplo, la reclamación del beneficiario fue excesiva

y, habiendo ido a juicio, se condena a la aseguradora al pago de una cantidad mínima, muy inferior a la reclamada y cercana a la que ya satisfizo dicha aseguradora).

5.4. Seguros de daños

En los seguros de daños rigen tres principios fundamentales.

- 1) El primero de ellos es que se cubren los daños ocurridos aunque sean causados por culpa del asegurado, pero se excluye siempre su dolo, el daño causado de propósito.
- 2) En segundo lugar, se aplica el principio de subrogación del asegurador en las acciones que por el daño acaecido pudieran corresponder al asegurado (art. 43 LCS). Como el perjudicado ya ha quedado indemne, el asegurador puede reclamar al causante del daño.
- 3) Por último, rige el principio indemnizatorio, según el cual el contrato de seguro no puede suponer un enriquecimiento injustificado para el asegurado (art. 26 LCS). Ello se manifiesta fundamentalmente en las relaciones que existen entre la suma asegurada y el interés. Cuando ambos coinciden (seguro pleno), no hay problema alguno, y, acaecido el daño, se indemnizará la totalidad del mismo. En cambio, los casos de desigualdad suponen un desequilibrio al que la ley arbitra diversas soluciones.

Ejemplo

Cuando la suma asegurada es mayor que el interés, se da el supuesto de "sobreseguro". Éste es perjudicial para el tomador, pues como la indemnización nunca superará el interés real, el daño real sufrido, paga una prima superior a la que debiera. Igualmente, es peligroso para el asegurador, pues si no puede demostrarse la desigualdad, pagará una indemnización mayor que el valor real del daño. Por ello ambas partes pueden pedir la reducción de la suma y la devolución del exceso de primas pagadas.

Cuando la suma asegurada es menor que el interés se da la situación denominada "infraseguro". En estos casos se satisfará la misma proporción del daño que la proporción existente entre suma e interés. Por ejemplo, si se asegura un coche de dos millones por un millón (suma asegurada = mitad del interés), sólo se satisfará la mitad de los daños que sufra el bien asegurado.

Las partes pueden pactar lo que se denominan "pólizas estimadas", donde se paga la suma asegurada sin tener en cuenta si excede o está por debajo del interés. En estos casos, las primas suelen ser más elevadas.

El principio indemnizatorio también se manifiesta en los casos en que un mismo riesgo se asegure en varias compañías (seguro doble). El tomador debe notificar a cada una de ellas esta situación, de forma que si ocurre el daño no paguen entre todas más del valor real del mismo (aunque la suma de sumas aseguradas fuera superior al interés).

Si dolosamente no se comunica tal situación y existe sobreseguro, las compañías quedan relevadas del deber de indemnización (art. 32 LCS). Supuesto distinto es el de llamado "coaseguro", en el que varias compañías se ponen de acuerdo para cubrir entre todas, conforme a una serie de pactos, un único riesgo (art. 33 LCS). En este supuesto hay un acuerdo entre los diversos aseguradores, a diferencia del seguro doble.

El daño asegurado puede ser muy variado. La ley contempla hasta siete posibles riesgos que se pueden cubrir. Los más comunes son los seguros contra incendios (arts. 45 a 49 LCS) y contra robo (arts. 50 a 53). También se pueden asegurar las mercancías transportadas por los posibles deterioros que pueden sufrir (arts. 54 a 62 LCS).

Por el seguro de lucro cesante (arts. 63 a 67 LCS), el asegurador indemnizará el rendimiento económico que no ha podido obtener el beneficiario por haber sucedido un hecho dañoso contemplado en el contrato (por ejemplo, la empresa organizadora de un concierto puede celebrar un seguro para que si aquél se suspende por lluvia, cobre de la aseguradora lo que no puede obtener por la venta de entradas, cuyo precio se devuelve). El seguro de caución (art. 68 LCS) obliga al asegurador a indemnizar si el asegurado no cumple sus obligaciones contractuales o legales. El seguro de crédito (arts. 69 a 72 LCS) cubre la insolvencia de los deudores del beneficiario, pues en caso de impago el asegurador satisfará las sumas (de hecho funciona como una especie de garantía personal).

El seguro de responsabilidad civil (arts. 73 a 76 LCS) cubre el riesgo del nacimiento, a cargo del asegurado, de la obligación de indemnizar a un tercero los daños causados por hechos que dan lugar a responsabilidad extracontractual del asegurado. En estos casos existe una acción directa del perjudicado contra la compañía aseguradora. Un supuesto específico de este seguro es el seguro obligatorio de automóviles, regulado por el Real decreto legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

Ejemplo

El seguro de responsabilidad civil es muy común por parte de quienes se dedican al ejercicio profesional (abogados o médicos, por ejemplo, para el caso de que realicen mal su labor y deban responder por negligencia). A menudo lo contratan también las empresas por los daños que causen sus empleados o profesionales, daños de los que responden esas empresas (art. 1903 Cc). La compañía tendrá que responder si el daño fue causado durante el momento de vigencia del contrato (aunque el daño se exteriorice o aparezca cuando el contrato ya no está vigente), si bien esta imputación temporal puede modularse en el contrato.

El seguro obligatorio de automóviles se establece con tal obligatoriedad porque el vehículo de motor es un elemento potencialmente peligroso. El seguro obligatorio cubre hasta una cantidad máxima, a partir de la que, si el daño es mayor, deberá pagar el asegurado. Por eso cabe contratar un "seguro voluntario" que cubra también por encima de esa cuantía. Hay que tener en cuenta que para toda lesión causada por un vehículo de motor (esté asegurado o no el daño, y responda la compañía o el causante), existe un baremo obligatorio de cuantificación de tales lesiones.

El seguro de defensa jurídica (arts. 76.a) a 76.g) LCS) obliga al asegurador a hacerse cargo de los gastos en los que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral. Se cubren los gastos de defensa, pero no la posible condena pecuniaria o multa que se imponga al asegurado. Éste puede elegir al abogado que desee.

5.5. Seguros de personas

En los seguros de personas no se siguen los principios del seguro de daños, no habiendo lugar a la subrogación del asegurador en las acciones del asegurado (el asegurado debe poder perseguir a quienes atenten contra su integridad física) ni rigiendo el principio indemnizatorio, pues evidentemente ninguna cantidad de dinero puede compensar la muerte o la enfermedad de un ser humano. También se suelen cubrir las acciones dolosas del propio asegurado (por ejemplo, el suicidio, si ocurre tras el año de la celebración del contrato)

El seguro de vida puede contemplar como siniestro determinante del pago de la indemnización bien la muerte del asegurado, bien su supervivencia (pasando de una determinada edad, se paga una cantidad alzada o una renta. Funciona como medio de asegurarse una pensión, por ejemplo, al llegar la jubilación).

En estos seguros el asegurado no puede ser menor de catorce años ni incapaz, y debe dar su consentimiento al contrato (salvo, obviamente, que el asegurado sea el propio tomador). El beneficiario puede ser designado de forma revocable o irrevocable. En el segundo caso, ya adquiere un derecho firme a la indemnización si se produce el siniestro, mientras que en el primer caso no hay sino una simple expectativa (la de adquirir el derecho si ocurre el siniestro sin haberse revocado su designación).

Especialidades de este contrato son que el impago de la prima (pasado un plazo no superior a dos años) sólo da lugar a la reducción del seguro. Esta reducción la puede operar también voluntariamente el asegurado. Igualmente, cabe el rescate anticipado de la póliza, percibiendo el beneficiario las cantidades prefijadas según el tiempo de duración del contrato. También cabe pedir anticipos sobre la indemnización definitiva (arts. 94 y ss. LCS).

Entre los seguros de personas, también prevé la ley los seguros voluntarios de accidentes (arts. 100 a 104 LCS) y los seguros de enfermedad (arts. 105 y 106 LCS). Los primeros cubren las lesiones corporales derivadas de una causa violenta, súbita, externa y ajena al asegurado, que produzcan su invalidez o muerte (esto es, cubren las lesiones causadas por accidente, no las causadas por enfermedad, que es un hecho interno al sujeto). Se ha planteado especialmente si la muerte causada por infarto por estrés laboral es un accidente o una enfermedad. En los seguros de enfermedad, el asegurador se obliga a pagar los gastos ocasionados por una enfermedad. Hoy en día, a menudo se pactan seguros parecidos, no contemplados en la ley, donde es la propia aseguradora

la que presta los servicios asistenciales por medio de entidades médicas concertadas: no paga el gasto médico realizado por el asegurado, sino que ofrece el servicio médico.

Resumen

Los consumidores y empresarios deben efectuar multitud de contratos para realizar su actividad normal. Aunque a efectos de su estudio los hemos dividido en cuatro mercados, todos ellos son necesarios e interdependientes, pues satisfacen necesidades parciales de esa actividad.

En los contratos sobre bienes o derechos se busca obtener la propiedad de un bien, normalmente pagando un precio por el mismo (compraventa), o el uso de un derecho preciso para una finalidad posterior (uso de patentes para fabricar un bien, o de marcas para distinguir un producto, o de propiedad intelectual para amenizar un evento, por ejemplo).

En los contratos de servicios, el arrendador busca que el arrendatario realice una actividad concreta. Ésta puede ser una actuación como intermediario, al buscar a terceros que quieran contratar con el mandante o comitente (contratos de comisión, mandato, corretaje y agencia). En otras ocasiones el arrendatario realiza una labor de distribución de los bienes del principal, y logra que éstos se hallen presentes en territorios muy diversos (contratos de distribución, concesión y franquicia), para lo que es preciso transportar los bienes hasta éstos (contrato de transporte). A menudo, el empresario acude a empresas de publicidad para organizar campañas de promoción de sus productos (contratos publicitarios), externaliza áreas concretas de su actividad (contratos de *outsourcing*) o utiliza programas informáticos para gestionar la empresa o para publicitar su actividad a través de la web (contratos informáticos). El servicio que se presta también puede ser de custodia de un bien, o de prestación de servicios turísticos.

La mayoría de consumidores y empresarios, aun siendo solventes, precisan de financiación para realizar su actividad. Esta financiación pueden hallarla acudiendo a entidades de crédito, que prestan el dinero que otros clientes han depositado en ellas. También el empresario puede hallarla emitiendo valores que incorporan un contrato de préstamo, de forma que los inversores que adquieren los valores le entregan un dinero que deberá serles restituido con intereses. Surgen así los mercados de crédito y de valores como formas de financiación.

Por último, para precaverse frente a posibles eventos dañosos, lo común es contratar seguros, de modo que, si sucede un daño, la compañía aseguradora indemnice por el importe correspondiente (contrato de seguro). De esta forma, todos los asegurados juntan las sumas necesarias para sufragar el coste de los daños sufridos por ellos.

Así es como se logran los bienes, derechos, servicios, financiación y seguridad precisos para realizar una actividad empresarial o para llevar una vida normal como consumidor.

Actividades

1. Hallad condiciones generales de la contratación de cualquier bien o servicio (cuadernillos de adquisición de electrodomésticos, de móviles; condiciones generales de seguro, de suministro de gas o telefonía, de préstamo bancario, etc.), leed el listado de cláusulas abusivas de los artículos 85 a 90 TRLGDCU y encontrad condiciones que sean abusivas o, en su caso, condiciones que han sido redactadas expresamente en contemplación de la ley para no ser abusivas.
2. Buscad en Internet el listado de los INCOTERM, y comprended el significado de: a) primero, cada grupo de Incoterms; b) segundo, de un INCOTERM de cada grupo.
3. Haceros con condiciones generales de una venta hecha fuera del establecimiento o de una venta a distancia (por Internet, por televisión, por catálogo o revista, etc.) y comprobad cómo se recoge en ellas el derecho de desistimiento y otras reglas legales relativas a ese tipo de negocios.
4. Leed las SsTS (Sala de lo Civil) de 10 de mayo del 2003 y 16 de abril del 2007, y la STJCE de 7 de diciembre del 2006, relativas al uso de televisores en habitaciones de hotel. Razonad si ver la televisión en una habitación de hotel es "uso doméstico" de la televisión o no.
5. Obtened en una agencia de viajes un condicionado general de viaje combinado y contemplad cómo se recogen los derechos mínimos del viajero recogidos en los artículos 150 y siguientes del TRLGDCU.
6. Entrad en la página web del Servicio de reclamaciones del Banco de España (www.bde.es/webbde/es/secciones/servicio/reclama/reclama.html) e id desplegando, entre otras cuestiones, "Las consultas más frecuentes" y los "Criterios de buenas prácticas bancarias". Leed esos documentos para comprender el alcance y límites de las operaciones bancarias más comunes.
7. Acudid a la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (www.cnmv.es) y abrid los diversos campos, intentando comprender la información que ahí se te brinda. Específicamente, en el campo "Portal del inversor", descargad y leed el documento "Preguntas y respuestas para los inversores minoristas sobre la MiFID", y así en otros campos y menús desplegables. En el campo "Consultas a registros oficiales" podréis encontrar información sobre empresas cotizadas.
8. Mirad la cotización de empresas en el mercado continuo en cualquier periódico económico; comprended cada uno de los datos de los que se informa, con la ayuda de los pies de página o leyenda explicativos.
9. Lograd un cuadernillo de condiciones generales de un seguro cualquiera (de vuestro hogar, del coche, de vida, etc.) y, si es posible, también el documento de condiciones particulares. Leed las cláusulas "limitativas", comprended qué tienen de "limitativas" y observad cómo están resaltadas y qué cláusula se inserta para aceptarlas específicamente.
10. Valorad si en un seguro de retirada del carné de conducir, el hecho de haberse retirado el carné al asegurado por conducir bajo los efectos del alcohol eximiría a la compañía de su deber de indemnizar (alegando que el siniestro se produjo por dolo/culpa grave del asegurado). Ved SsAP Vizcaya (sección 4.ª) 6 de abril del 2005 (AC 2005, 1479) frente a Lugo (sección 2.ª) 28 de mayo del 2002 (JUR 2002, 191442).

Ejercicios de autoevaluación

1. Belén abre en el banco una cuenta corriente que utiliza sólo para domiciliar el pago de unos recibos. Al cabo de un tiempo, le cargan una comisión de 3 euros porque la cuenta no tiene movimientos, comisión que no figuraba en el documento contractual firmado por ambas partes. Cuando acude el banco, éste le comunica que esa comisión sí figura en el documento de comisiones aplicable con carácter general a todos los contratos. ¿Será aplicable a Belén?
2. ¿La compra de pieles para elaborar zapatos, que luego se venderán al público, es civil o mercantil? ¿Y la venta de esos zapatos al consumidor?
3. Pedro compra en Alemania coches de la marca RRR, que, a su vez, usan un motor fabricado según la patente WWW. Los trae a España y los revende aquí, a un precio muy inferior a aquel por el que se venden en España. La empresa RRR, titular de la marca, nos pregunta si podrá impedir a Pedro esta operación.
4. Juana encarga a una inmobiliaria que venda su vivienda. La inmobiliaria encuentra comprador por el precio indicado, Lucas, y formaliza el contrato de venta con él. ¿Quién podrá

exigir el precio a Lucas, Juana o la inmobiliaria? Si la vivienda no cumple las condiciones fijadas, ¿a quién podrá reclamar Lucas?

5. La cadena de gasolineras RRR vende en sus establecimientos elementos auxiliares para la conducción, como aceites de lubricación. ¿Puede imponer a cada titular de una gasolinera el precio de venta de ese aceite?

6. La cabeza tractora utilizada por un porteador ha pasado todos los controles técnicos y revisiones necesarios, pese a ello, un día sufre un fallo mecánico y el porteador tiene un accidente. El porteador puede demostrar que el fallo era inevitable e impredecible (se trata de una pieza que se puede romper en cualquier momento). ¿Quién responde? El daño causado es de un millón de euros. ¿Tendrá que pagarlo por entero?

7. La empresa AAA ha adquirido una licencia de *software* para informatizar la gestión de la empresa (pedidos, facturas, contabilidad, personal, etc.). Nos pregunta si puede exigir una copia del "código fuente" del programa.

8. Hemos aparcado nuestro vehículo en un aparcamiento de pago subterráneo de la ciudad. Un desaprensivo ha forzado la cerradura del maletero y nos ha robado el portátil que teníamos dentro. ¿Responde de ese robo la compañía titular del aparcamiento?

9. Una empresa de *leasing* ha comprado por indicación de LLL una maquinaria, que luego alquila con opción de compra a LLL. Al cabo de unos meses, unos acreedores de LLL embargan esa maquinaria por deudas impagadas, junto con todos los demás bienes situados en la empresa. ¿Podrá hacer algo la empresa de *leasing*? ¿Podría hacer algo si, en vez de un *leasing*, hubiera vendido la máquina a LLL con reserva de dominio?

10. Juana y Mario son novios y abren una cuenta indistinta en la que ingresan sus respectivos salarios. Mario fallece en accidente. Los herederos de Mario notifican esta muerte al banco depositario de los fondos. Juana acude al banco para sacar todo el dinero. ¿Deberá dárselo el banco? ¿De quién es ese dinero?

11. ¿Un fiador de fianza mercantil solidaria podrá oponer al acreedor las excepciones al pago que podría oponerle el deudor principal (por ejemplo, por haberse resuelto el contrato del que nació la deuda)?

12. La sociedad madre de una filial que ha pedido un préstamo al banco B comunica a tal banco que controla la mayoría de las acciones de la filial, que sostiene sus necesidades económicas y que cree firmemente en su futuro. El banco B concede el préstamo, que es finalmente impagado por la filial. ¿Podrá el banco reclamar el pago a la sociedad madre?

13. María es titular de unas acciones de la empresa cotizada CCC y encarga su venta a una agencia de valores AV por un precio PPP. La agencia encuentra comprador, Eduardo, que actúa por medio de la agencia de valores BBB, y cierra el negocio. Llegado el momento de liquidar, el comprador no paga. ¿A quién puede María reclamar el precio?

14. Un conductor atropelló a un peatón en un paso de cebra, por lo que le causó lesiones de las que ha tardado en curarse 200 días; sólo le ha quedado como secuela una pequeña cojera. La compañía de seguros no pagó cantidad alguna hasta que pasaron los 200 días, pues alegaba que no estaban consolidadas las secuelas ni tampoco se había determinado el periodo de lesiones. ¿Podrá el perjudicado pedir intereses de demora?

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. Esa condición general no vincula a Belén. Se trata de una condición general del contrato (prerredactada por el banco, no eliminable por el cliente y redactada para una pluralidad de contratos) que no ha sido "incorporada" al contrato, pues no se informó de la misma a Belén antes de firmar, ni se contenía en el documento contractual. Faltando la incorporación, la cláusula es nula y se mantiene el resto del contrato.

2. Aunque es discutible, en general la doctrina y la jurisprudencia consideran este supuesto como compraventa mercantil: se compra piel para revenderla, transformada en zapato, cumpliendo así los requisitos del artículo 325 del CdeC (ved en este sentido STS 5 de noviembre de 1993). La compra de esos zapatos por el consumidor, en cambio, es civil, pues el consumidor no compra para revender (arts. 325 y 326.1 CdeC). Ved SsTS 3 de mayo de 1985 o 10 de noviembre del 2000.

3. Ni la titular de la marca ni la titular de la patente pueden impedir que quien compra dentro del EEE (Espacio Económico Europeo) un producto marcado o patentado lo revenda en el mismo. Es el principio de "agotamiento comunitario" (art. 36 de la Ley de Marcas). Otra cosa sería si adquiriera el bien fuera del EEE; en este caso el titular de la marca podría oponerse a la comercialización dentro de ese espacio.

4. Todo depende de cómo actuó la inmobiliaria. Siempre operó "por cuenta de" Juana, en interés de ella, pero pudo hacerlo "en nombre propio" (como si comprara el piso para sí) o "en nombre ajeno" (expresando que actuaba por encargo de Juana). Ambas formas de actuar son válidas y dependen de lo pactado entre Juana y la inmobiliaria.

Si la inmobiliaria actuó en nombre propio, el precio sólo podrá exigirlo ella (y no Juana), e igualmente Lucas tendrá que reclamar por posibles defectos a la inmobiliaria. Si la inmobiliaria actuó en nombre ajeno, el contrato es entre Juana y Lucas, con lo que aquélla podrá reclamar el precio y éste exigir las condiciones pactadas.

5. Si el "titular" de la gasolinera es un empleado laboral o un agente comercial de RRR, ésta puede fijar el precio de venta de todos los productos, pues aquéllos actúan en interés de RRR. Si, en cambio, la gasolinera es una franquiciada (esto es, el titular pone el local y costea el personal, y compra el producto a la cadena para luego revenderlo) o un comprador/revendedor, la cadena no puede imponer precios (aunque podrá recomendarlos). Es normal, dentro de una misma cadena, que haya establecimientos que son sucursales o agencias, otros franquiciados e incluso –aunque menos común– compradores/revendedores.

6. Expresamente el artículo 48.2 de la LCTMM establece que los fallos mecánicos del vehículo no constituyen caso fortuito, de forma que responderá el porteador. Pero su responsabilidad se limita a un tercio del indicador público de renta de efectos múltiples/día por cada kilo de peso bruto de mercancía; no ha habido dolo ni infracción consciente y voluntaria del deber asumido (art. 62 LCTMM).

7. Normalmente, las licencias de programas no permiten exigir copia del "código fuente" (que es el sistema operativo del programa), pero el licenciatarario sí podrá celebrar un contrato de *escrow* para que dicho código sea custodiado por un tercero, para así poder tener acceso a él si el licenciante desaparece o si no cumple sus obligaciones.

8. Salvo que se haya pactado una responsabilidad especial, en principio la empresa no responde de los accesorios que sean separables del vehículo o de los objetos dejados dentro (art. 3.1.c Ley de Contrato de Aparcamiento de Vehículos). En cambio, sí respondería de la reparación de la cerradura si se demuestra que se forzó dentro del aparcamiento.

9. La empresa de *leasing* podrá alzar el embargo sobre ese bien concreto, demostrando que es de su propiedad, y que LLL es un simple usuario del mismo. Si en vez de un *leasing* hubiera compra a plazos con reserva de dominio, si esa reserva está inscrita en el registro correspondiente, podrá igualmente alzar el embargo, pues así lo establece expresamente el artículo 15.3 de la Ley 28/1998, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

10. La cuestión es discutible, pero el Tribunal Supremo considera, en estos casos, que el banco debe dar todo el dinero a Juana, porque así lo pactó con ella en vida de Mario, y la muerte de Mario nada varía ni añade a ese pacto (SsTS 27 de febrero de 1984 o 7 de julio de 1992). Eso no implica que el dinero sea de Juana; corresponderá la parte de los salarios de Juana a Juana y la parte que se ingresó por el salario de Mario a los herederos de Mario. La cuenta indistinta no modifica esa titularidad ni supone una especie de donación de un titular indistinto al otro (SsTS 8 de febrero de 1991, 5 de julio de 1999 o 29 de mayo del 2000).

11. Sí podrá oponerlas (arts. 1.826 y 1.842 Cc). Ni el hecho de ser mercantil ni el de ser solidaria es relevante a estos efectos. Sería distinto si se tratara de una garantía independiente, pues, en tal caso, no podría oponerlas.

12. La cuestión es discutible. La STS del 16 de diciembre de 1985 consideró que ésta es una carta de patrocinio débil, que no vincula a la sociedad madre.

13. Será la agencia AV quien pague a María, pues el intermediario bursátil garantiza el buen fin de la operación celebrada. A su vez, AV tendría acción para reclamar a BBB, pero nunca a Eduardo, puesto que AV y BBB actuaron en nombre propio, esto es, como si AV fuera el vendedor (y no María) y BBB, el comprador (y no Juan). Todo ello, pese a que ambos saben que ni AV ni BBB son el vendedor y el comprador reales (puesto que son agencias de valores y no pueden comprar para sí ni vender títulos suyos).

14. Sí podrá pedir intereses de demora. A los 40 días hay que pagar el mínimo que ya se pueda conocer, de forma que habría que satisfacer al menos por 40 días de baja y por los gastos ya satisfechos. La obligación de pago no era dudosa, aunque sí la cuantía, por lo que no cabe considerar justificada la falta de pago.

Glosario

agencia *f* Contrato por el que una persona natural o jurídica, denominada "agente", se obliga frente a otra de manera continuada o estable, a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.

back-up *m* Contrato por el que se deposita en un centro informático especializado una copia del sistema informático del cliente para que éste pueda recuperarlo en casos de desastre informático (incendio de la empresa, sabotaje, etc.).

carta de patrocinio *f* Carta que envía una sociedad madre a la entidad que está en vías de conceder financiación a una filial de aquélla, por la que la madre se presenta como tal y afirma su convicción de que la filial satisfará el crédito, o incluso se obliga de alguna forma a pagarlo ella si no lo hace la filial.

cláusulas abusivas *f pl* Estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato

comisión mercantil *f* Mandato que tiene por objeto un acto u operación de comercio, siendo comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista.

compraventa *f* Contrato por el que una de las partes se obliga a la entrega de una cosa, y la otra, a satisfacer un precio cierto a cambio de la misma.

concesión o franquicia *f* Negocio entre dos empresarios por el que uno aporta un producto o una marca ya comercializada e introducida en el mercado, y otro aporta su establecimiento y su trabajo para colocar ese producto o explotar esa marca en una serie de condiciones fijadas.

condición general de la contratación *f* Cláusula predispuesta cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, habiendo sido redactada con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

corretaje *m* Contrato por el que un mediador busca un tercero con una serie de condiciones para ponerlo en contacto con el principal con la finalidad de que ambos contraten.

crédito documentario *m* Contrato mediante el que el cliente de una entidad de crédito da orden a ésta de realizar un pago a un tercero cuando este tercero presente los documentos justificativos del cumplimiento de la obligación pactada entre cliente y tercero.

crédito sindicado *m* Préstamo o crédito que, normalmente por su gran importe, es concedido por un grupo de entidades de crédito que actúan de forma concertada como si fueran un único prestamista.

descuento bancario *f* Contrato mediante el que una entidad de crédito anticipa a un cliente un crédito no vencido, descontando un porcentaje y sin asumir el riesgo de impago del deudor principal.

escrow *m* Contrato por el que el proveedor o licenciante de *software* entrega una copia del "código fuente" a un tercero, a la que podrá acceder el licenciatario en ciertos casos pactados (normalmente por concurso del licenciante, cambio en la titularidad o actividad del licenciante, o incumplimiento de sus obligaciones).

factoring *m* Contrato mediante el que la empresa *factoring* se ocupa del cobro de los créditos del cliente, previa cesión de los mismos, sin asumir el riesgo de impago por el deudor y pudiendo anticipar al cliente el importe de dichos créditos.

fianza *f* Contrato mediante el que una persona, llamada fiador, se compromete frente al acreedor al pago de la deuda del deudor principal para el caso de que éste no lo realice, siguiendo la obligación del fiador con las vicisitudes de la obligación principal y pudiendo negarse al pago por las mismas razones que podría oponerse el deudor.

futuro financiero *m* Contrato por el que las partes pactan desde ahora una compraventa de una cierta cantidad de bienes o de índices financieros, prefijando la cantidad, el precio y el momento de ejecución.

garantía autónoma o independiente *f* Contrato mediante el que una persona, llamada garante, se compromete frente a un acreedor al pago de la deuda de un deudor principal

cuando el acreedor reclame tal pago, con independencia de las vicisitudes de la relación de deuda existente entre deudor y acreedor.

gestión hotelera *f* Contrato por el que el titular de un hotel contrata con una empresa especializada la gestión del mismo.

lease-back *m* Contrato mediante el que el propietario de un bien lo vende a una empresa *leasing*, con lo que obtiene así su precio, y de forma simultánea se lo alquila a dicha empresa, por lo que satisface los plazos pactados para tal uso y añade una opción de compra del bien al finalizar el arrendamiento.

leasing *m* Contrato mediante el que un usuario ordena a la empresa *leasing* que compre el bien al fabricante y luego le permita el uso del mismo por un tiempo determinado y pago de una renta en los plazos pactados; se pacta que, terminado el arrendamiento, el usuario dispone de una opción de compra del bien.

mandato *m* Contrato por el que una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra.

oferta pública de adquisición *f* Oferta hecha a los titulares de acciones de una sociedad cotizada para adquirir esos títulos en iguales condiciones de precio.

outsourcing *m* Contrato por el que actividades accesorias a la principal de una empresa se encargan a profesionales externos especializados en ese sector

préstamo o mutuo *m* Entrada contrato mediante el que una parte, llamada prestamista, entrega al prestatario dinero u otra cosa fungible, con obligación de devolver otro tanto de la misma especie o calidad.

reserva de cupo de plazas de alojamiento *f* Contrato por el que las agencias de viajes reservan un número determinado de plazas de alojamiento en uno o varios hoteles, y determinan finalmente en un plazo prefijado anterior cuántas plazas reales se van a ocupar en la temporada pactada.

seguro *m* Contrato por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de la cobertura que se va a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas; cobertura recíproca de una necesidad pecuniaria fortuita y valorable en dinero, por parte de personas sometidas a riesgos del mismo genero.

suministro *m* Pacto por el que se fijan una serie de plazos para la entrega y pago de cierta cantidad de bienes en cada plazo. Se trata así de algo parecido a una serie de compraventas sucesivas, ya prefijadas en sus plazos y cantidades.

tarjetas bancarias *fpl* Documentos de plástico que permiten que su titular realice pagos u operaciones en los cajeros automáticos, donde la entidad de crédito emisora se compromete a satisfacer tales pagos u operaciones y a realizar luego el correspondiente cargo en la cuenta del titular de la tarjeta.

valor negociable *m* Cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea la denominación que se le dé, que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera.

viaje combinado *m* Contrato donde se recogen de forma conjunta servicios de transporte y de alojamiento y, a menudo, otros servicios turísticos (visitas guiadas, desplazamientos auxiliares, etc.).

Bibliografía

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

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

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

Reglero Campos, L. (coord.) (2007). *Ley de Contrato de Seguro: jurisprudencia comentada*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.

Sánchez Calero, F. (dir.) (2005). *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.

Sequeira, A.; Gadea, E. y Sacristán, F. (dirs.) (2007). *La contratación bancaria*. Madrid: Dykinson.

