

- **DRET MERCANTIL II**
- Prof. Jaume Martí Miravalls
 - Bloc I: Temes 1 a 5

Document revisat pel Servei de Política Lingüística de la Universitat de València

- **Tema 1. Normes generals sobre les obligacions i els contractes mercantils**
- 1.- El dret de la contractació mercantil.
Especialitats del règim jurídic de les obligacions i els contractes mercantils.
- 2.- Règim jurídic del comerç electrònic.
- 3.- Règim jurídic de les condicions generals de la contractació i de les clàusules abusives.
- 4.- Règim jurídic de la competència i el dret contractual mercantil.

1.- El dret de la contractació mercantil. Especialitats del règim jurídic de les obligacions i els contractes mercantils.

- La mercantilitat dels contractes:
 - Dualitat civil/mercantil:
 - **Unificació del dret privat** d'obligacions i contractes (*lege ferenda*).
 - Posició doctrinal tradicional: ***element professional***: Són mercantils els “**contractes d'empresa**”, això és, aquells que es fan en el marc de l'activitat organitzada d'una empresa i que constitueixen l'objecte de l'empresa –**encara que la contrapart no siga empresari**-.
 - Crítiques.
 - Necessitat de modernització d'aquest sector del dret mercantil que, excepte per la regulació concreta d'alguns contractes aïllats, ha estat fins ara al marge del procés d'actualització que ha experimentat el dret mercantil en altres sectors.

- **Especialitats mercantils en matèria d'obligacions respecte al règim general del codi civil: Sobre els terminis, la mora i la prescripció.**
- ***Prohibició de concedir terminis de gràcies***
 - **Codi civil:**
 - Article 1124.3 (facultat de resoldre en les obligacions les recíproques):
 - El tribunal decretarà la resolució que es reclame, si no hi ha causes justificades que l'autoritzen per a assenyalar termini.
 - **Codi de comerç:**
 - Article 61:
 - **No es reconeixeran termes de gràcia**, cortesia o altres, que sota qualsevol denominació, diferisquen el compliment de les obligacions mercantils, sinó els que les parts hagen prefixat en el contracte, o es recolzaren en una disposició terminant de dret.

• **Determinació del termini de pagament**

• **Codi civil:**

• Article 1128.

- Si l'obligació no assenyala termini, però de la seua naturalesa i circumstàncies es dedueix que ha volgut concedir-se al deutor, **els tribunals fixaran la durada d'aquell.**

- També fixaran els tribunals la durada del termini quan aquest haja quedat a voluntat del deutor.

• **Codi de comerç**

• Article 62.

- Les obligacions que no tinguen terme prefixat per les parts o per les disposicions d'aquest Codi, **seran exigibles deu dies després de contretes,** si només produïren acció ordinària, **i al dia immediat,** si portaren aparellada execució.

• Prescripció

• Codi de comerç

- Article 943.

- Les accions que en virtut d'aquest Codi no tinguen un termini determinat per a deduir-se en judici **es regiran per les disposicions del dret comú.**

- Article 944.

- La prescripció **s'interromprà** per la demanda o un altre qualsevol gènere d'interpel·lació judicial feta al deutor; pel reconeixement de les obligacions, o per la renovació del document en què es funde el dret del creditor.
- Es considerarà la prescripció com no interrompuda per la interpel·lació judicial, si l'actor en desistira, o caducara la instància, o fora desestimada la seua demanda.
- Començarà a comptar-se novament el terme de la prescripció en cas de reconeixement de les obligacions, des del dia en què es faça; en el de la seua renovació, des de la data del nou títol; i si s'hi haguera prorrogat el termini del compliment de l'obligació, des que aquest haguera vençut.

• **Falta la reclamació extrajudicial del creditor (article 1973 Codi civil).**

- Malgrat això, la jurisprudència del TS ha estimat vàlida, en diverses ocasions, la interrupció produïda per la reclamació extrajudicial en l'àmbit mercantil.

- **MORA**

- **Codi civil**

- Article 1100.

- Incorren en mora els obligats a entregar o a fer alguna cosa **des que el creditor els exigisca** judicialment o extrajudicialment el compliment de la seua obligació.
 - No serà, no obstant això, necessària la intimació del creditor perquè la mora existisca:
 - 1r) Quan l'obligació o la llei ho declaren així expressament.
 - 2n) Quan de la seua naturalesa i circumstàncies resulte que la designació de l'època en què havia d'entregar-se la cosa o fer-se el servei, va ser motiu determinant per a establir l'obligació.
 - En les obligacions recíproques cap dels obligats incorre en mora si l'altre no compleix o no s'aplana a complir degudament el que l'incumbeix. Des que un dels obligats compleix la seua obligació, comença la mora per a l'altre.

- **Codi de comerç**

- Article 63.

- Els efectes de la morositat en el compliment de les obligacions mercantils començaran:
 - 1r) En els contractes que tingueren dia assenyalat per al seu compliment, per voluntat de les parts o per la llei, **l'endemà del seu venciment.**
 - 2n) En els que no ho tinguen, des del dia en què el creditor interpel·lara judicialment al deutor, o li intimara la protesta de danys i perjudicis feta contra ell davant un jutge, notari o un altre oficial públic autoritzat per a admetre-la.

- **La diferència entre la mora civil i la mercantil: la segona es produeix pel mer incompliment del termini, mentre que la primera exigeix la interpel·lació al deutor.**

- **Llei núm. 3/2004, de 29 de desembre, sobre mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials.**
- Aquesta Llei té per objecte combatre **la morositat en el pagament de deutes dineraris i l'abús, en perjudici del creditor, en la fixació dels terminis de pagament** en les operacions comercials que donen lloc al lliurament de béns o a la prestació de serveis fets entre empreses o entre empreses i l'Administració.

Àmbit d'aplicació

- Aquesta Llei serà aplicable a tots els pagaments efectuats com a **contraprestació en les operacions comercials** efectuades entre empreses, o entre empreses i l'Administració, de conformitat amb el que es disposa en la Llei de contractes del sector públic, així com les realitzades entre els contractistes principals i els seus proveïdors i subcontractistes.
- Queden fora de l'àmbit d'aplicació d'aquesta Llei:
 - a) Els pagaments efectuats en les operacions comercials en les quals **intervinguen consumidors**.
 - b) Els interessos relacionats amb la legislació en matèria de xecs, pagarés i lletres de canvi i els pagaments d'indemnitzacions per danys, inclosos els pagaments per entitats asseguradores.
 - c) Els deutes sotmesos a procediments concursals incoats contra el deutor, que es regiran pel que s'estableix en la seua legislació especial.

Determinació del termini de pagament

- El termini de pagament que ha de complir el deutor, si no ha fixat data o termini de pagament en el contracte, serà de **trenta dies naturals després de la data de recepció de les mercaderies o prestació dels serveis**, fins i tot quan haja rebut la factura o sol·licitud de pagament equivalent amb anterioritat.
 - Els proveïdors han de fer arribar la factura o sol·licitud de pagament equivalent als seus clients abans que es complisquen quinze dies naturals a comptar des de la data de recepció efectiva de les mercaderies o de la prestació dels serveis.
 - Quan en el contracte s'haja fixat un termini de pagament, la recepció de la factura per mitjans electrònics produirà els efectes d'inici del còmput de termini de pagament, sempre que es trobe garantida la identitat i autenticitat del signant, la integritat de la factura, i la recepció per l'interessat.
 - Si legalment o en el contracte s'ha disposat **un procediment d'acceptació o de comprovació** mitjançant el qual haja de verificar-se **la conformitat dels béns** o els serveis amb el que es disposa en el contracte, **la seua durada no pot excedir de trenta dies** naturals a comptar des de la data de recepció dels béns o de la prestació dels serveis.
 - En aquest cas, el termini de pagament serà de trenta dies després de la data en què té lloc l'acceptació o verificació dels béns o serveis, fins i tot encara que la factura o sol·licitud de pagament s'haguera rebut amb anterioritat a l'acceptació o verificació.
- Els terminis de pagament indicats en els apartats anteriors **poden ser ampliat** mitjançant pacte de les parts sense que, **en cap cas, es pugua acordar un termini superior a 60 dies naturals**.
 - Poden agrupar-se factures al llarg d'un període determinat no superior a quinze dies, mitjançant una factura comprensiva de tots els lliuraments fets en aquest període, factura resum periòdica, o agrupant-les en un únic document a l'efecte de facilitar la gestió del seu pagament, agrupació periòdica de factures, i sempre que es prenga com a data d'inici del còmput del termini la data corresponent a la meitat del període de la factura resumeixen periòdica o de l'agrupació periòdica de factures de què es tracte, segons el cas, i el termini de pagament no supere els seixanta dies naturals des d'aquesta data.

Meritació d'interessos de demora

- L'obligat al pagament del deute dinerari sorgit com a contraprestació en operacions comercials **incorre en mora i ha de pagar l'interès pactat en el contracte o el fixat per aquesta Llei automàticament pel mer incompliment del pagament** en el termini pactat o legalment establert, **sense necessitat d'avís de venciment ni cap intimació per part del creditor.**
- El creditor té dret a interessos de demora quan hi concórreguen **simultàniament** els següents requisits:
 - a) Que haja complert les seues obligacions contractuals i legals.
 - b) Que no haja rebut a temps la quantitat deguda llevat que el deutor pugui provar que no és responsable del retard.
 - En cas que les parts hagen pactat calendaris de pagament per a abonaments a terminis, quan algun dels terminis no s'abone en la data acordada, els interessos i la compensació prevists en la llei es calcularan únicament sobre la base de les quantitats vençudes.

Interès de demora

- L'interès de demora que ha de pagar el deutor **serà el que resulte del contracte i, a falta de pacte**, el tipus legal que s'estableix en l'apartat següent.
- El tipus legal d'interès de demora que el deutor estarà obligat a pagar serà **la suma del tipus d'interès aplicat pel Banc Central Europeu** a la seua més recent operació principal de finançament efectuada abans del primer dia del semestre natural de què es tracte, **més vuit punts percentuals**.
 - El tipus legal d'interès de demora, determinat conforme al que es disposa en aquest apartat, s'aplicarà durant els sis mesos següents a la seua fixació. El Ministeri d'Economia i Hisenda publicarà semestralment en el Butlletí Oficial de l'Estat el tipus d'interès resultant per l'aplicació de la norma continguda en l'apartat anterior.

Indemnització per costos de cobrament

- Quan el deutor incórrega en mora, el creditor té dret a cobrar del deutor **una quantitat fixa de 40 euros**, que s'afegirà en tot cas i sense necessitat de petició expressa al deute principal.
- A més, el creditor té dret a reclamar al deutor una indemnització per **tots els costos de cobrament degudament acreditats** que haja patit a causa de la mora d'aquest i **que superen la quantitat indicada en el paràgraf anterior**.
- El deutor **no està obligat** a pagar aquesta indemnització quan no siga responsable del retard en el pagament.

Clàusules i pràctiques abusives

- És nul·la una clàusula contractual o una pràctica relacionada amb la data o el termini de pagament, el tipus d'interès de demora o la compensació per costos de cobrament quan resulte manifestament abusiva en perjudici del creditor tenint en compte totes les circumstàncies del cas, incloses:
 - a) Qualsevol desviació greu de les bones pràctiques comercials, contrària a la bona fe i actuació lleial.
 - b) La naturalesa del bé o del servei.
 - c) I quan el deutor tinga alguna raó objectiva per a apartar-se del tipus d'interès legal de demora de l'apartat 2 de l'article 7, o de la quantitat fixa a la qual es refereix l'apartat 1 de l'article 8 de la llei de morositat.
- Així mateix, per a determinar si una clàusula o pràctica és abusiva per al creditor es tindrà en compte, considerant totes les circumstàncies del cas:
 - si serveix principalment per a proporcionar al deutor una liquiditat addicional a costa del creditor,
 - o si el contractista principal imposa als seus proveïdors o subcontractistes unes condicions de pagament que no estiguen justificades per raó de les condicions que ell mateix siga beneficiari o per altres raons objectives.

- **En tot cas, són nul·les** les clàusules pactades entre les parts o les pràctiques que resulten **contràries**
 - als requisits per a exigir els interessos de demora de l'article 6 de la llei de morositat,
 - o aquelles que excloguen el cobrament d'aquest interès de demora o el de la indemnització per costos de cobrament prevista en l'article 8.
- **També són nul·les** les clàusules i pràctiques pactades per les parts o les pràctiques que
 - excloguen l'interès de demora, o qualsevol altra sobre el tipus legal d'interès de demora establert amb caràcter subsidiari en l'apartat 2 de l'article 7, quan tinga un contingut abusiu en perjudici del creditor,
 - entenent que **serà abusiu quan l'interès pactat siga un 70 per cent inferior a l'interès legal de demora**, llevat que ateses les circumstàncies previstes en la llei, pugui provar-se que l'interès aplicat no resulta abusiu.
 - Aquesta possible modificació de l'interès de demora no serà aplicable a les operacions comercials efectuades amb l'Administració.

- El jutge que declare la invalidesa d'aquestes clàusules abusives **integrarà el contracte** conformement al que es disposa en l'article 1.258 del Codi Civil i disposarà de **facultats moderadores** respecte dels drets i obligacions de les parts i de les conseqüències de la seua ineficàcia.
- Seran igualment nul·les les clàusules abusives contingudes en les condicions generals de la contractació. Les accions de cessació i de retracció en la utilització de les condicions generals a què es refereix l'apartat anterior podran ser exercitades, conforme a la Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació, per les següents entitats:
 - a) Les associacions, federacions d'associacions i corporacions d'empresaris, de professionals, de treballadors autònoms i d'agricultors que estatutàriament tinguen encomanada la defensa dels interessos dels seus membres.
 - b) Les Cambres Oficials de Comerç, Indústria i Navegació.
 - c) Els col·legis professionals legalment constituïts.

Contractació: especialitats mercantils en matèria contractual

- El codi de comerç recull determinades regles especials amb la perfecció, la forma i la interpretació dels contractes mercantils.
 - La regla: Article 50:
 - Els contractes mercantils, en tot el relatiu als seus requisits, modificacions, excepcions, interpretació i extinció i a la capacitat dels contractants, es regiran, en tot el que no estiga expressament **establert en aquest Codi o en les lleis especials, per les regles generals del dret comú.**

Perfecció del contracte

- Art. 54.
 - Trobant-se **en llocs diferents** el que va fer l'oferta i el que la va acceptar, **hi ha consentiment** des que **l'oferent coneix l'acceptació** o des que, havent-li-la remesa l'acceptant, no puga ignorar-la sense faltar a la bona fe.
 - El contracte, en tal cas, es presumeix subscrit en el lloc en què es va fer l'oferta.
 - En els contractes subscrits mitjançant **dispositius automàtics** hi ha consentiment des que es manifesta l'acceptació.
- Art. 55.
 - Els contractes en què intervinga agent o corredor quedaran perfeccionats **quan els contractants hagen acceptat** la seua proposta.

Forma del contracte

- Regla: **principi llibertat de forma**, com en el codi civil.
 - Art. 51.
 - Seran vàlids i produiran obligació i acció en judici els contractes mercantils, **qualssevol que siguem la forma i l'idioma en què se subscriuen**, la classe a què corresponguen i la quantitat que tinguen per objecte, amb la condició que conste la seua existència per algun dels mitjans que el dret civil tinga establits. No obstant això, la declaració de testimonis no serà per si sola prou per a provar l'existència d'un contracte la quantia del qual excedisca de 1.500 pessetes (9,02 euros), si no hi concorre alguna altra prova.
 - La correspondència telegràfica només produirà obligació entre els contractants que hagen admès aquest mitjà prèviament i en contracte escrit, i sempre que els telegrams reunisquen les condicions o signes convencionals que prèviament hagen establert els contractants, si ho han pactat així.
 - Art. 52.
 - **S'exceptuaran** del que es disposa en l'article que precedeix:
 - 1a) Els contractes que, conformement a aquest Codi o a les lleis especials, hagen de fer en escriptura o requerisquen formes o solemnitats necessàries per a la seua eficàcia.
 - 2a) Els contractes subscrits en país estranger en què la llei exigisca escriptures, formes o solemnitats determinades per a la seua validesa, encara que no les exigisca la llei espanyola.
 - En tots dos casos, els contractes que no complisquen les circumstàncies respectivament requerides no produiran obligació ni acció en judici.

Interpretació del contracte

- Art. 57.

- Els contractes de comerç s'executaran i compliran **de bona fe, segons els termes en què foren fets i redactats, sense tergiversar** amb interpretacions arbitràries el sentit recte, propi i usual de les paraules aquestes o escrites, ni restringir els efectes que naturalment es deriven de la manera amb què els contractants hagen explicat la seua voluntat i contret les seues obligacions.

- Art. 58.

- Si apareix divergència entre els exemplars d'un contracte que presenten els contractants, i en la seua subscripció ha intervingut agent o corredor, s'estarà al que resulte dels llibres d'aquests, sempre que siguen conformes a dret.

- Art. 59.

- Si s'originen dubtes que no puguem resoldre's conformement al que s'estableix en l'article 2n d'aquest Codi, es decidirà la qüestió a favor del deutor.

Clàusula penal

- Art. 56.

- En el **contracte mercantil** en què es fixe pena d'indemnització contra el que no complisca,
 - la part perjudicada **pot exigir**
 - el compliment del contracte pels mitjans de dret
 - o la pena prescrita;
 - però utilitzant una d'aquestes dues accions **quedarà extingida l'altra**, si no hi intervé **pacte en contra**.

• 2.- Règim jurídic del comerç electrònic.

- **Règim jurídic:** Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic.
- La Llei té com a objecte la **incorporació** a l'ordenament jurídic espanyol de la **Directiva 2000/31/CE**, del Parlament Europeu i del Consell, de 8 de juny, relativa a determinats aspectes dels serveis de la societat de la informació, en particular, el comerç electrònic en el mercat interior (Directiva sobre el comerç electrònic).
- Així mateix, incorpora parcialment la **Directiva 98/27/CE**, del Parlament Europeu i del Consell, de 19 de maig, relativa a les accions de cessació en matèria de protecció dels interessos dels consumidors, en regular, de conformitat amb el que s'hi estableix, una acció de cessació contra les conductes que contravinguen el que es disposa en aquesta Llei.

Contractació per via electrònica

- **Validesa i eficàcia dels contractes subscrits per via electrònica.**
 - Els contractes subscrits per via electrònica produiran tots els efectes previstos per l'ordenament jurídic, **quan hi concórreguen el consentiment i els altres requisits necessaris per a la seua validesa.**
 - Els contractes electrònics **es regiran** pel que es disposa en la Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic, pels Codis Civil i de Comerç i per les restants normes civils o mercantils sobre contractes, especialment, les normes de protecció dels consumidors i usuaris i d'ordenació de l'activitat comercial.
 - Perquè siga vàlida la subscripció de contractes per via electrònica **no cal el previ acord** de les parts sobre la utilització de mitjans electrònics.

Contractació per via electrònica

- Sempre que la Llei exigisca que el contracte o qualsevol informació relacionada amb el mateix **conste per escrit**, aquest requisit **s'entendrà satisfet** si el contracte o la informació es conté en un **suport electrònic**.
 - Açò no és aplicable als contractes relatius al dret de família i successions.
 - Els contractes, negocis o actes jurídics en els quals la Llei determine per a la seua validesa o per a la producció de determinats efectes **la forma documental pública**, o que requerisquen per Llei la **intervenció d'òrgans** jurisdiccionals, notaris, registradors de la propietat i mercantils o autoritats públiques, es regiran per la seua legislació específica.
 - **Prova** dels contractes subscrits per via electrònica: En tot cas, el **suport electrònic** que conste un contracte subscrit per via electrònica serà admissible en judici com a prova documental.

Obligacions prèvies a la contractació.

- A més del compliment dels requisits en matèria d'informació que s'estableixen en la normativa vigent, **el prestador de serveis de la societat de la informació** que faça activitats de contractació electrònica **té l'obligació** de posar a la disposició del destinatari, **abans d'iniciar el procediment** de contractació i mitjançant tècniques adequades al mitjà de comunicació utilitzat, **de manera permanent, fàcil i gratuïta, informació clara, comprensible i inequívoca sobre els següents extrems:**
 - a) Els diferents tràmits que han de seguir-se per a subscriure el contracte.
 - b) Si el prestador arxivarà el document electrònic en què es formalitza el contracte i si aquest serà accessible.
 - c) Els mitjans tècnics que posa a la seua disposició per a identificar i corregir errors en la introducció de les dades. d) La llengua o llengües en què podrà formalitzar-se el contracte.
- L'obligació de posar a la disposició del destinatari la informació referida es donarà per complida si el prestador la inclou en la seua pàgina o lloc d'Internet en les condicions assenyalades.

- El prestador **no té l'obligació** de facilitar la informació assenyalada quan:
 - a) tots dos contractants així ho acorden i cap d'ells tinga la consideració de consumidor, o
 - b) el contracte s'haja formalitzat exclusivament mitjançant intercanvi de correu electrònic o un altre tipus de comunicació electrònica equivalent.
- Sense perjudici del que es disposa en la legislació específica, **les ofertes o propostes de contractació** realitzades per via electrònica **seran vàlides durant el període**
 - que **fixe l'oferent**
 - o, en defecte d'això, **durant tot el temps** que estiguen accessibles als destinataris del servei.
- Amb caràcter previ a l'inici del procediment de contractació, el prestador de serveis ha de **posar a la disposició** del destinatari **les condicions generals** a què, si s'escau, haja de subjectar-se el contracte, de manera que aquestes **puguen ser emmagatzemades i reproduïdes pel destinatari** (guardar i imprimir).

Informació posterior a la subscripció del contracte.

- **L'ofertant està obligat a confirmar la recepció de l'acceptació a qui la va fer per algun dels següents mitjans:**
 - a) **l'enviament d'un justificant de recepció per correu electrònic o un altre mitjà de comunicació electrònica equivalent a l'adreça que l'acceptant haja assenyalat, en el termini de les vint-i-quatre hores següents a la recepció de l'acceptació; o**
 - b) **la confirmació, per un mitjà equivalent a l'utilitzat en el procediment de contractació, de l'acceptació rebuda, tan prompte com l'acceptant haja completat aquest procediment, sempre que la confirmació pugui ser arxivada pel seu destinatari.**
 - S'entendrà que s'ha rebut l'acceptació i la seua confirmació quan les parts puguin tenir-ne constància.
 - En el cas que la recepció de l'acceptació es confirme mitjançant justificant de recepció, es presumirà que el seu destinatari pot tenir la referida constància des que aquell haja sigut emmagatzemat en el servidor en què estiga donada d'alta el seu compte de correu electrònic, o en el dispositiu utilitzat per a la recepció de comunicacions.

- **No cal confirmar la recepció** de l'acceptació d'una oferta quan:
 - a) tots dos contractants així **ho acorden i cap d'ells** tinga la consideració de **consumidor**, o
 - b) el contracte s'haja subscrit **exclusivament mitjançant intercanvi de correu electrònic** o un altre tipus de comunicació electrònica equivalent, quan aquests mitjans no siguem emprats amb l'exclusiu propòsit d'eludir el compliment de tal obligació.
- **Lloc de formalització del contracte.**
 - Els contractes subscrits per via electrònica en els quals intervinga com a part **un consumidor** es presumiran subscrits **en el lloc en què aquest tinga la residència habitual**.
 - Els contractes electrònics entre empresaris o professionals, **a falta de pacte** entre les parts, es presumiran subscrits en el lloc en què estiga establert **el prestador de serveis**.

3.- Règim jurídic de les condicions generals de la contractació i de les clàusules abusives.

- Preguntes prèvies:

- **TOT EL QUE SIGNE EM VINCULA?**

- Art. 1255 CC: Els contractants poden establir els pactes, clàusules i condicions que tinguen per convenient, sempre que no siguin contraris a les lleis, a la moral, ni a l'ordre públic.
 - Article 1091 CC: Les obligacions que naixen dels contractes tenen força de llei entre les parts contractants i han de complir-se d'acord amb aquests.

- **ELS CONTRACTES AMB CONDICIONS GENERALS DE LA CONTRACTACIÓ SÓN CONTRACTES DEL CODI CIVIL?**

- Règim jurídic

- Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació.
 - La Llei té per objecte la transposició de la Directiva 93/13/CEE, del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre clàusules abusives en els contractes subscrits amb consumidors, així com la regulació de les condicions generals de la contractació.
 - S'ha optat per dur a terme la incorporació de la Directiva citada mitjançant una Llei de condicions generals de la contractació, que al mateix temps, a través de la seua disposició addicional primera, modifique el marc jurídic preexistent de protecció al consumidor.

- Una clàusula és **condició general**
 - quan està **predisposada**
 - i incorporada a una **pluralitat de contractes** exclusivament per una de les parts,
 - **i no té per què ser abusiva.**
 - Clàusula abusiva és
 - la que **en contra de les exigències de la bona fe**
 - **causa en detriment del consumidor un desequilibri important i injustificat de les obligacions contractuals**
 - i pot tenir o no el caràcter de condició general, ja que també pot donar-se en contractes particulars quan no existeix negociació individual de les seues clàusules, això és, **en contractes d'adhesió particulars.**

- Les condicions generals de la contractació **es poden donar tant** en les relacions de **professionals** entre si com d'aquests amb els **consumidors**.
- En tots dos casos, **s'exigeix** que les condicions generals formen part del contracte,
 - **siguen conegudes** o -en certs casos de contractació no escrita- existisca possibilitat real de ser conegudes,
 - i que **es redacten de manera transparent**, amb claredat, concreció i senzillesa.
- Però, a més, **s'exigeix**, quan es contracta amb un **consumidor**, que **no siguin abusives**.

- El concepte de **clàusula contractual abusiva** té així el seu àmbit propi en la relació **amb els consumidors**. I pot donar-se tant en condicions generals com en clàusules predisposades per a un contracte particular al qual el consumidor es limita a adherir-se. És a dir, **sempre que no hi ha hagut negociació individual**.
- Això no vol dir que en les condicions **generals entre professionals no puga existir abús** d'una "posició dominant".
 - Però tal concepte se subjecta a les normes generals de nul·litat contractual. És a dir, res no impedeix que també judicialment puga declarar-se la nul·litat d'una condició general que siga abusiva quan siga contrària a la bona fe i cause un desequilibri important entre els drets i les obligacions de les parts, fins i tot encara que es tracte de contractes entre professionals o empresaris. Però haurà de tenir en compte en cada cas les característiques específiques de la contractació entre empreses.

- **Àmbit objectiu.**

- Són condicions generals de la contractació les clàusules predisposades la incorporació de les quals al contracte siga imposada per una de les parts, amb independència de l'autoria material d'aquestes, de la seua aparença externa, de la seua extensió i de qualssevol altres circumstàncies, havent sigut redactades amb la finalitat de ser incorporades a una pluralitat de contractes.
- El fet que certs elements d'una clàusula o que una o diverses clàusules aïllades s'hagen negociat individualment **no exclourà l'aplicació** d'aquesta Llei a la resta del contracte si l'apreciació global porta a la conclusió que es tracta d'un contracte d'adhesió.

- **Àmbit subjectiu.**

- La llei serà aplicable als contractes que continguen condicions generals subscrits entre un professional -predisponent- i qualsevol persona física o jurídica –adherent-.
- S'entén per professional a tota persona física o jurídica que actue dins del marc de la seua activitat professional o empresarial, siga pública o privada.
- L'adherent pot ser també un professional, sense necessitat que actue en el marc de la seua activitat.

- **Àmbit territorial i disposicions imperatives.**
- La Llei s'aplicarà a les clàusules de condicions generals que formen part de contractes **subjectes a la legislació espanyola.**
 - També s'aplicarà als contractes sotmesos a legislació estrangera quan l'adherent haja emès la seua declaració negocial en territori espanyol i hi tinga la residència habitual, sense perjudici del que s'estableix en els tractats o convenis internacionals. Quan l'adherent siga un consumidor s'aplicarà el que es disposa en l'apartat 3 de l'article 10 bis de la Llei general per a la defensa de consumidors i usuaris (actualment en el Reial decret legislatiu 1/2007).
- **Contractes exclosos**
- La Llei **no s'aplicarà** als contractes administratius, als contractes de treball, als de constitució de societats, als que regulen relacions familiars i als contractes successoris.
 - Tampoc serà aplicable aquesta Llei a les condicions generals que reflectisquen les disposicions o els principis dels convenis internacionals dels quals el Regne d'Espanya siga part, ni les que siguen regulades específicament per una disposició legal o administrativa de caràcter general i que siguen d'aplicació obligatòria per als contractants.

• Requisits d'incorporació.

- Les condicions generals passaran a formar part del contracte **quan l'adherent n'accepte la incorporació** a aquest i **sigui signat per tots els contractants**.
- Tot contracte ha de fer referència a les condicions generals incorporades.
- No pot entendre's que hi ha hagut acceptació de la incorporació de les condicions generals al contracte quan el predisponent **no haja informat expressament l'adherent sobre la seua existència i no li n'haja facilitat un exemplar**.
 - Els adherents podran exigir que el notari autoritzador no transcriba les condicions generals de la contractació en les escriptures que atorgue i que se'n deixi constància en la matriu, incorporant-les com a annex. En aquest cas el notari ha de comprovar que els adherents tenen coneixement íntegre del contingut i que les accepten.

- Quan el contracte no haja de formalitzar-se per escrit i el predisponent entregue un resguard justificatiu de la contraprestació rebuda, basta que el predisponent anuncie les condicions generals en un lloc visible dins del lloc en el qual s'efectua el negoci, que les inserisca en la documentació del contracte que acompanya la formalització; o que, de qualsevol altra manera, garantisca a l'adherent una possibilitat efectiva de conèixer la seua existència i el seu contingut en el moment que es duu a terme.

- La redacció de les clàusules generals ha d'ajustar-se als criteris de **transparència, claredat, concreció i senzillesa.**

- Les condicions incorporades de manera **no transparent** en els contractes en perjudici dels consumidors seran **nul·les de ple dret.**

- **Regles d'interpretació.**

- Quan hi haja contradicció entre les condicions generals i les condicions particulars específicament previstes per a aquest contracte, **prevaldran aquestes sobre aquelles, llevat que** les condicions generals resulten **més beneficioses** per a l'adherent que les condicions particulars.

- Els dubtes en la interpretació de les condicions generals obscures es resoldran **a favor de l'adherent.**

- En els contractes amb consumidors aquesta norma d'interpretació només és aplicable quan s'exerciten accions individuals.

- **No incorporació.**

- No quedaran incorporades al contracte les següents condicions generals:

- a) Les que l'adherent **no haja tingut oportunitat real de conèixer** de manera completa en el moment de la subscripció del contracte o quan no hagen sigut signades, quan siga necessari, en els termes resultants de l'article 5.
- b) Les que siguen **il·legibles, ambigües, obscures i incomprensibles**, excepte, quant a aquestes últimes, que hagen sigut expressament acceptades per escrit per l'adherent i s'ajusten a la normativa específica que discipline en el seu àmbit la necessària transparència de les clàusules contingudes en el contracte.

• **Nul·litat.**

- Seran **nul·les de ple dret** les condicions generals que contradiguen en perjudici de l'adherent el que es disposa en la Llei o en qualsevol altra norma imperativa o prohibitiva, llevat que s'hi establisca un efecte diferent per al cas de contravenció.
- En particular, seran nul·les les condicions generals que siguen abusives, quan el contracte s'haja subscrit amb un consumidor, entenent per tals en tot cas les definides en l'article 10 bis i disposició adicional primera de la Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa dels consumidors i usuaris (actuals articles 80 i següents del Reial decret legislatiu 1/2007).
 - Vegeu a continuació sobre abusivitat.

- La **declaració judicial de no incorporació al contracte o de nul·litat** de les clàusules de condicions generals **pot ser instada per l'adherent** d'acord amb les regles generals reguladores de la nul·litat contractual.
 - La sentència estimatòria, obtinguda en un procés incoat mitjançant l'exercici de l'acció individual de nul·litat o de declaració de no incorporació, decretarà la nul·litat o no incorporació al contracte de les clàusules generals afectades i aclarirà l'eficàcia del contracte d'acord amb l'article 10, o declararà la nul·litat del contracte quan la nul·litat d'aquelles o la seua no incorporació afectara un dels seus elements essencials en els termes de l'article 1261 del Codi Civil.
- La no incorporació al contracte de les clàusules de les condicions generals o la declaració de la seua nul·litat **no determinarà la ineficàcia total del contracte, si aquest pot subsistir sense tals clàusules**, extrem sobre el qual ha de pronunciar-se la sentència.
- La part del contracte afectada per la no incorporació o per la nul·litat **s'integrarà** conformement al que es disposa per l'article 1258 del Codi Civil i disposicions en matèria d'interpretació contingudes en aquest.

• Accions de cessació, retractació i declarativa

- Contra la utilització o la recomanació d'utilització de condicions generals que resulten contràries al que es disposa en la Llei, o en altres lleis imperatives o prohibitives, poden interposar-se, respectivament, accions de cessació i retractació.
 - L'acció de cessació es dirigeix a obtenir una sentència per mitjà de la qual es condemne el demandat a eliminar de les seues condicions generals les que es reputen nul·les i a abstenir-se d'utilitzar-les en endavant.
 - Declarada judicialment la cessació, l'actor pot sol·licitar del demandat la devolució de les quantitats cobrades si s'escau, en ocasió de clàusules nul·les, així com sol·licitar una indemnització pels danys i perjudicis causats. En cas de no avenir-se a tal sol·licitud, pot fer-se efectiva en tràmit d'execució de sentència.
 - Per mitjà de l'acció de retractació s'insta la imposició al demandat, siga o no el predisponent, de l'obligació de retractar-se de la recomanació que haja efectuat d'utilitzar les clàusules de condicions generals que es consideren nul·les i d'abstenir-se de continuar recomanant-les en el futur, sempre que hagen sigut efectivament utilitzades pel predisponent en alguna ocasió.
 - L'acció declarativa té per objecte el reconeixement d'una clàusula com a condició general de contractació.
- **Legitimació activa:** Les accions poden ser exercitades per les següents entitats:
 - 1. Les associacions o corporacions d'empresaris, professionals i agricultors que estatutàriament tinguen encomanada la defensa dels interessos dels seus membres.
 - 2. Les Cambres de Comerç, Indústria i Navegació.
 - 3. Les associacions de consumidors i usuaris legalment constituïdes i que tinguen estatutàriament encomanada la defensa d'aquests.
 - 4. L'Institut Nacional de Consum i els òrgans corresponents de les comunitats autònomes i de les corporacions locals competents en matèria de defensa dels consumidors.
 - 5. Els col·legis professionals legalment constituïts.
 - 6. El ministeri fiscal.

• Abusivitat i protecció del consumidor

- La sentència del TJUE de 14 de març de 2013 assenyala que l'art. 3 de la Directiva ha d'interpretar-se en el sentit que:

1) El «**desequilibri important**» en detriment del consumidor ha d'apreciar-se amb:

1.1) Una anàlisi de les normes nacionals aplicables mancant acord, per a determinar si (la clàusula) deixa el consumidor en una situació menys favorable que la del dret nacional.

1.2) Un examen de la situació jurídica d'aquest consumidor en funció dels mitjans de què disposa en la normativa nacional perquè cesse l'ús de clàusules abusives.

2) Per a determinar si es causa el desequilibri «malgrat les exigències de la bona fe», **ha de comprovar-se si el professional, tractant de manera lleial i equitativa amb el consumidor, podia estimar raonablement que aquest acceptaria la clàusula en una negociació individual.**

3) L'annex de la Directiva només conté una llista indicativa i **no exhaustiva** de clàusules que poden ser declarades abusives.

...

4) Conforme a l'art. 4.1 Directiva, **el caràcter abusiu d'una clàusula s'apreciarà:**

4.1) Tenint en compte la naturalesa dels béns o serveis que siguem objecte del contracte.

4.2) Considerant, en el moment de la subscripció d'aquest, totes les circumstàncies que concórreguen en la seua subscripció.

4.3) D'això resulta que, en aquest context, han d'apreciar-se també les conseqüències que aquesta clàusula pot tenir en el marc del dret aplicable al contracte, la qual cosa implica un examen del sistema jurídic nacional (per a garantir o cerciorar-se que el mencionat consumidor no estiga vinculat per l'esmentada clàusula).

Abusivitat en el Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries:

- **Article 80. Requisits de les clàusules no negociades individualment.**

1. En els contractes amb consumidors i usuaris que utilitzen clàusules no negociades individualment, inclosos els que promoguen les Administracions públiques i les entitats i empreses dependents d'aquestes, aquelles hauran de complir els següents requisits:

a) Concreció, claredat i senzillesa en la redacció, amb possibilitat de comprensió directa, sense reexpedicions a textos o documents que no es faciliten prèviament o simultàniament a la conclusió del contracte, i als quals, en tot cas, ha de fer-se referència expressa en el document contractual.

b) Accessibilitat i llegibilitat, de manera que permeti al consumidor i usuari el coneixement previ a la subscripció del contracte sobre la seua existència i el seu contingut. En cap cas no s'entendrà complit aquest requisit si la grandària de la lletra del contracte fora inferior al mil·límetre i mig o l'insuficient contrast amb el fons fera difícil la lectura.

c) Bona fe i just equilibri entre els drets i obligacions de les parts, la qual cosa en tot cas exclou la utilització de clàusules abusives.

2. Quan s'exerciten accions individuals, en cas de dubte sobre el sentit d'una clàusula prevaldrà la interpretació més favorable al consumidor.

- **Article 82. Concepte de clàusules abusives.**

1. Es consideren clàusules abusives totes aquelles estipulacions no negociades individualment i totes aquelles pràctiques no consentides expressament que, en contra de les exigències de la bona fe causen, en perjudici del consumidor i usuari, un desequilibri important dels drets i les obligacions de les parts que es deriven del contracte.

2. El fet que certs elements d'una clàusula o que una clàusula aïllada s'hagen negociat individualment no exclourà l'aplicació de les normes sobre clàusules abusives a la resta del contracte.

L'empresari que afirme que una determinada clàusula ha sigut negociada individualment, assumirà la càrrega de la prova.

3. El caràcter abusiu d'una clàusula s'aprecia tenint en compte la naturalesa dels béns o serveis objecte del contracte i considerant totes les circumstàncies concurrents en el moment de la seua subscripció, així com totes les altres clàusules del contracte o d'un altre del qual aquest depenga.

4. Malgrat el que es preveu en els apartats precedents, en tot cas són abusives les clàusules que, conforme al que es disposa en els articles 85 a 90, tots dos inclusivament:

- a) vinculen el contracte a la voluntat de l'empresari,
- b) limiten els drets del consumidor i usuari,
- c) determinen la falta de reciprocitat en el contracte,
- d) imposen al consumidor i usuari garanties desproporcionades o li imposen indegudament la càrrega de la prova,
- e) resulten desproporcionades en relació amb el perfeccionament i execució del contracte, o
- f) contravinguen les regles sobre competència i dret aplicable.

- **Article 83. Nul·litat de les clàusules abusives i subsistència del contracte.**

Les clàusules abusives seran nul·les de ple dret i es tindran per no posades.

A aquest efecte, el jutge, prèvia audiència de les parts, declararà la nul·litat de les clàusules abusives incloses en el contracte, el qual, no obstant això, continuarà sent obligatori per a les parts en els mateixos termes, sempre que pugui subsistir sense aquestes clàusules.

Les condicions incorporades de manera no transparent en els contractes en perjudici dels consumidors seran nul·les de ple dret.

- **Article 85. Clàusules abusives per a vincular el contracte a la voluntat de l'empresari**

Les clàusules que vinculen qualsevol aspecte del contracte a la voluntat de l'empresari seran abusives i, en tot cas, les següents:

1. Les clàusules que reserven a l'empresari que contracta amb el consumidor i usuari un termini excessivament llarg o insuficientment determinat per a acceptar o rebutjar una oferta contractual o satisfer la prestació deguda.

2. Les clàusules que prevegen la prorroga automàtica d'un contracte de durada determinada si el consumidor i usuari no es manifesta en contra, fixant una data límit que no permeta de manera efectiva al consumidor i usuari manifestar la voluntat de no prorrogar-lo.

3. Les clàusules que reserven a favor de l'empresari facultats d'interpretació o modificació unilateral del contracte, excepte, en aquest últim cas, que concórreguen motius vàlids especificats en el contracte.

En els contractes referits a serveis financers el que s'estableix en el paràgraf anterior s'entendrà sense perjudici de les clàusules per les quals l'empresari es reserve la facultat de modificar sense previ avís el tipus d'interès degut pel consumidor o al consumidor, així com l'import d'altres despeses relacionades amb els serveis financers, quan aquells estiguen adaptats a un índex, sempre que es tracte d'índexs legals i es descriga la manera de variació del tipus, o en altres casos de raó vàlida, a condició que l'empresari estiga obligat a informar d'això en el més breu termini als altres contractants i aquests puguin resoldre immediatament el contracte sense cap penalització.

Igualment poden modificar-se unilateralment les condicions d'un contracte de serveis financers de durada indeterminada pels motius vàlids que s'hi expressen, sempre que l'empresari estiga obligat a informar el consumidor i usuari amb antelació raonable i aquest tinga la facultat de resoldre el contracte, o, si s'escau, rescindir unilateralment, sense previ avís en el supòsit de raó vàlida, a condició que l'empresari n'informe immediatament els altres contractants.

4. Les clàusules que autoritzen l'empresari a resoldre anticipadament un contracte de durada determinada, si al consumidor i usuari no se li reconeix la mateixa facultat, o les que el faculden a resoldre els contractes de durada indefinida en un termini desproporcionadament breu o sense prèvia notificació amb antelació raonable.

El que es preveu en aquest paràgraf no afecta les clàusules en les quals es preveja la resolució del contracte per incompliment o per motius greus, aliens a la voluntat de les parts, que alteren les circumstàncies que van motivar la subscripció del contracte.

- 5. Les clàusules que determinen la vinculació incondicionada del consumidor i usuari al contracte encara que l'empresari no haja complit amb les seues obligacions.
- 6. Les clàusules que suposen la imposició d'una indemnització desproporcionadament alta, al consumidor i usuari que no complisca les seues obligacions.
- 7. Les clàusules que suposen la supeditació a una condició la realització de la qual depenga únicament de la voluntat de l'empresari per al compliment de les prestacions, quan al consumidor i usuari se li haja exigít un compromís ferm.
- 8. Les clàusules que suposen la consignació de dates de lliurament merament indicatives condicionades a la voluntat de l'empresari.
- 9. Les clàusules que determinen l'exclusió o limitació de l'obligació de l'empresari de respectar els acords o compromisos adquirits pels seus mandatariis o representants o supeditar els seus compromisos al compliment de determinades formalitats.
- 10. Les clàusules que prevegen l'estipulació del preu en el moment del lliurament del bé o servei o les que atorguen a l'empresari la facultat d'augmentar el preu final sobre el convingut, sense que en tots dos casos existisquen raons objectives i sense reconèixer al consumidor i usuari el dret a resoldre el contracte si el preu final resulta molt superior a l'inicialment estipulat.
El que s'estableix en el paràgraf anterior s'entén sense perjudici de l'adaptació de preus a un índex, sempre que tals índexs siguen legals i que en el contracte es descriga explícitament la manera de variació del preu.
- 11. Les clàusules que suposen la concessió a l'empresari del dret a determinar si el bé o servei s'ajusta a l'estipulat en el contracte.

- **Article 86. Clàusules abusives per limitar els drets bàsics del consumidor i usuari.**

En qualsevol cas són abusives les clàusules que limiten o priven el consumidor i usuari dels drets reconeguts per normes dispositives o imperatives i, en particular, aquelles estipulacions que prevegen:

1. L'exclusió o limitació de manera inadequada dels drets legals del consumidor i usuari per incompliment total o parcial o compliment defectuós de l'empresari.

En particular les clàusules que modifiquen, en perjudici del consumidor i usuari, les normes legals sobre conformitat amb el contracte dels béns o serveis posats a la seua disposició o limiten el dret del consumidor i usuari a la indemnització pels danys i perjudicis ocasionats per aquesta falta de conformitat.

2. L'exclusió o limitació de la responsabilitat de l'empresari en el compliment del contracte, pels danys o per la mort o per les lesions causades al consumidor i usuari per una acció o omissió d'aquell.

3. L'alliberament de responsabilitat de l'empresari per cessió del contracte a tercer, sense consentiment del deutor, si pot engendrar minvament de les garanties d'aquest.

4. La privació o restricció al consumidor i usuari de les facultats de compensació de crèdits, retenció o consignació.

5. La limitació o exclusió de la facultat del consumidor i usuari de resoldre el contracte per incompliment de l'empresari.

6. La imposició de renúncies al lliurament de document acreditatiu de l'operació.

7. La imposició de qualsevol altra renúncia o limitació dels drets del consumidor i usuari.

• **Article 87. Clàusules abusives per falta de reciprocitat.**

Són abusives les clàusules que determinen la falta de reciprocitat en el contracte, contrària a la bona fe, en perjudici del consumidor i usuari i, en particular:

1. La imposició d'obligacions al consumidor i usuari per al compliment de tots els seus deures i contraprestacions, encara que l'empresari no haja complit els seus.
2. La retenció de quantitats abonades pel consumidor i usuari per renúncia, sense preveure la indemnització per una quantitat equivalent si renuncia l'empresari.
3. L'autorització a l'empresari per a resoldre el contracte discrecionalment, si al consumidor i usuari no se li reconeix la mateixa facultat.
4. La possibilitat que l'empresari es quede amb les quantitats abonades en concepte de prestacions encara no efectuades quan siga ell mateix qui resolga el contracte.
5. Les estipulacions que prevegen l'arrodoniment a l'alça en el temps consumit o en el preu dels béns o serveis o qualsevol altra estipulació que preveja el cobrament per productes o serveis no efectivament usats o consumits de manera efectiva.

En aquells sectors en els quals l'inici del servei comporte indissolublement unit un cost per a les empreses o els professionals no repercutit en el preu, no es considerarà abusiva la facturació per separat de tals costos, quan s'adeqüen al servei efectivament prestat.

6. Les estipulacions que imposen obstacles onerosos o desproporcionats per a l'exercici dels drets reconeguts al consumidor i usuari en el contracte, en particular en els contractes de prestació de serveis o subministrament de productes de tracte successiu o continuat, la imposició de terminis de durada excessiva, la renúncia o l'establiment de limitacions que excloguen o obstaculitzen el dret del consumidor i usuari a posar fi a aquests contractes, així com l'obstaculització a l'exercici d'aquest dret a través del procediment pactat, com és el cas de les que prevegen la imposició de formalitats diferents de les previstes per a contractar o la pèrdua de les quantitats abonades per endavant, l'abonament de quantitats per serveis no prestats efectivament, l'atribució a l'empresari de la facultat d'execució unilateral de les astringències que s'hagen fixat contractualment o la fixació d'indemnitzacions que no es corresponguen amb els danys efectivament causats.

- **Article 88. Clàusules abusives sobre garanties.**

En tot cas es consideraren abusives les clàusules que suposen:

1. La imposició de garanties desproporcionades al risc assumit.

Es presumirà que no existeix desproporció en els contractes de finançament o de garanties pactades per entitats financeres que s'ajusten a la seua normativa específica.

2. La imposició de la càrrega de la prova en perjudici del consumidor i usuari en els casos en què hauria de correspondre a l'altra part contractant.

3. La imposició al consumidor de la càrrega de la prova sobre l'incompliment, total o parcial, de l'empresari proveïdor a distància de serveis financers de les obligacions imposades per la normativa específica sobre la matèria.

- **Article 89. Clàusules abusives que afecten el perfeccionament i execució del contracte.**

En tot cas tenen la consideració de clàusules abusives:

1. Les declaracions de recepció o conformitat sobre fets ficticis, i les declaracions d'adhesió del consumidor i usuari a clàusules de les quals no ha tingut l'oportunitat de prendre coneixement real abans de la subscripció del contracte.
2. La transmissió al consumidor i usuari de les conseqüències econòmiques d'errors administratius o de gestió que no li siguin imputables.
3. La imposició al consumidor de les despeses de documentació i tramitació que per llei corresponga a l'empresari. En particular, en la compravenda d'habitatges:
 - a) L'estipulació que el consumidor ha de carregar amb les despeses derivades de la preparació de la titulació que per la seua naturalesa corresponguen a l'empresari (obra nova, propietat horitzontal, hipoteques per a finançar la seua construcció o la seua divisió i cancel·lació).
 - b) L'estipulació que obligue el consumidor a subrogar-se en la hipoteca de l'empresari o impose penalitzacions en els supòsits de no subrogació.
 - c) L'estipulació que impose al consumidor el pagament de tributs en els quals el subjecte passiu és l'empresari.
 - d) L'estipulació que impose al consumidor les despeses derivades de l'establiment dels accessos als subministraments generals de l'habitatge, quan aquesta haja de ser entregada en condicions d'habitabilitat.
4. La imposició al consumidor i usuari de béns i serveis complementaris o accessoris no sol·licitats.
5. Els increments de preu per serveis accessoris, finançament, ajornaments, recàrrecs, indemnització o penalitzacions que no corresponguen a prestacions addicionals susceptibles de ser acceptats o rebutjats en cada cas expressats amb la deguda claredat o separació.
6. La negativa expressa al compliment de les obligacions o prestacions pròpies de l'empresari, amb reexpedició automàtica a procediments administratius o judicials de reclamació.
7. La imposició de condicions de crèdit que per als descoberts en compte corrent superen els límits que es contenen en l'article 19.4 de la Llei 7/1995, de 23 de març, de crèdit al consum.
8. La previsió de pactes de renúncia o transacció respecte al dret del consumidor i usuari a l'elecció de fedatari competent segons la llei per a autoritzar el document públic en què inicialment o ulteriorment haja de formalitzar-se el contracte.

- **Article 90. Clàusules abusives sobre competència i dret aplicable.**

Són, així mateix, abusives les clàusules que establisquen:

1. La submissió a arbitratges diferents de l'arbitratge de consum, llevat que es tracte d'òrgans d'arbitratge institucionals creats per normes legals per a un sector o un supòsit específic.
2. La previsió de pactes de submissió expressa a jutge o tribunal diferent del que corresponga al domicili del consumidor i usuari, al lloc del compliment de l'obligació o aquell en què es trobe el bé si aquest fora immoble.
3. La submissió del contracte a un dret estranger respecte al lloc on el consumidor i usuari emeta la seua declaració negocial o on l'empresari desenvolupe l'activitat dirigida a la promoció de contractes d'igual o similar naturalesa.

- **Article 91. Contractes relatius a valors, instruments financers i divises.**

Les clàusules abusives referides a la modificació unilateral dels contractes, a la resolució anticipada dels contractes de durada indefinida i a l'increment del preu de béns i serveis, no s'aplicaran als contractes relatius a valors, amb independència de la seua forma de representació, instruments financers i altres béns i serveis el preu dels quals estiga vinculat a una cotització, índex borsari, o un tipus del mercat financer que l'empresari no controle, ni als contractes de compravenda de divises, xecs de viatge o girs postals internacionals en divises.

- **Abusivitat per falta de transparència: especial referència a la jurisprudència sobre clàusula sòl.**
- La sentència TJUE de 26 de gener de 2017 sosté que les clàusules no transparents queden subjectes al control d'abusivitat, per la qual cosa cal entendre que no són *per se* abusives.
 - Per això, la clàusula sobre interessos remuneratoris -element essencial del contracte-, si no supera el control de transparència, ha de ser analitzada des del punt de vista de l'abusivitat, de si causa un desequilibri important en perjudici del consumidor.
- *Leading case*: Sentència del ple de la sala primera del Tribunal Suprem de 9 de maig de 2013.

La falta de transparència com a criteri rector del caràcter abusiu de les clàusules sòl:

- Les clàusules sòl formen part de l'objecte principal del contracte.
- Les clàusules relatives a l'objecte principal del contracte poden ser abusives.
- El control de les clàusules relatives a l'objecte principal del contracte ha de ser un control de transparència.
 - Si bé és cert que el control de contingut de les clàusules relatives al preu no pot implicar assumir en el nostre ordenament un control judicial de l'equilibri dels preus, com ja va assenyalar la STS 18 de juny de 2012. No ho és menys que perquè existisca plena capacitat d'elecció entre les diferents ofertes existents en el mercat cal que el consumidor tinga un coneixement total i complet del preu i de les condicions de la contraprestació abans de la subscripció del contracte.
 - No es tracta d'enjudiciar si el preu és car o barat, sinó si a conseqüència de la mateixa s'ha produït una alteració del preu, tal com va poder legítimament haver sigut percebut pel consumidor.
- El control de transparència no es limita al compliment dels requisits previstos en la normativa administrativa sobre transparència bancària.
- El control de transparència no es limita al compliment dels requisits d'incorporació.
 - Com va establir la doctrina del Tribunal Suprem: les clàusules relatives a l'objecte principal del contracte no solament estan subjectes a un mer control d'incorporació, com la resta de condicions generals, sinó que a més estan subjectes a un control de transparència addicional —cosa que la sentència denomina “**doble filtre**” —, en virtut del qual les clàusules poden resultar ineficaces.
- La falta de transparència s'identifica amb la defraudació de l'expectativa sobre el preu.

- En efecte, **les clàusules sòl poden ser lícites**, però les analitzades pel TS no ho són perquè no superen el control de transparència pel fet que:
 - a) Manca informació prou clara que es tracta d'un element definitori de l'objecte principal del contracte.
 - b) S'insereixen de manera conjunta amb les clàusules sòl i com a aparent contraprestació d'aquestes.
 - c) No existeixen simulacions d'escenaris diversos relacionats amb el comportament raonablement previsible del tipus d'interès en el moment de contractar.
 - d) No hi ha informació prèvia clara i comprensible sobre el cost comparatiu amb altres modalitats de préstec de la mateixa entitat –en cas d'existir – o advertiment que al perfil concret de client no se li ofereixen aquestes.
 - e) En el cas de les utilitzades per una entitat concreta, se situen entre una aclaparadora quantitat de dades entre les quals queden emmascarades i que dilueixen l'atenció del consumidor.
- **Reacció del legislador espanyol: Prohibir** la clàusula sòl: Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari. Article 21. Variacions en el tipus d'interès: “3. En les operacions amb tipus d'interès variable **no es pot fixar un límit a la baixa** del tipus d'interès”.

•4.- Règim jurídic de la competència i el dret contractual mercantil.

- El dret de la competència, en tant que dret imperatiu, és un dels grans límits del dret contractual modern.
- L'apartat segon de l'article 101 TFUE estableix que “els acords o les decisions prohibits pel present article seran nuls de ple dret”.
 - El precepte declara, per tant, la nul·litat dels acords col·lusoris prohibits per l'apartat primer de l'article 101 TFUE, això és, els acords entre empreses i les decisions d'associacions d'empreses que puguen afectar el comerç entre els Estats membres i que tinguen per objecte o efecte impedir, restringir o falsejar el joc de la competència dins del mercat interior.

- Segons el Tribunal de Justícia de la Unió Europea:
 - La nul·litat fixada per l'article 101.2 TFUE equival a una invalidesa **pura i simple**, de caràcter **absolut** i a la qual **tothom pot acollir-se**.
 - La nul·litat derivada de l'il·lícit antimonopoli es produeix **automàticament** i amb efectes ***ex tunc*** (des de l'inici).
 - I, finalment, interessa destacar que el TJUE ha consolidat la seua doctrina en el sentit que la nul·litat per infracció del dret de la competència **només afecta les disposicions contractuals incompatibles** amb l'article 101 TFUE.
 - Això significa que, en els **negocis jurídics simples**, com poden ser la majoria dels càrtels, en els quals s'acorda la pujada del preu o el repartiment del mercat, l'acord sencer emmalalteix de nul·litat absoluta, no produeix efectes en les relacions entre les parts contractants, no és oposable a tercers, pot ser atacat per qualsevol persona i és definitiva.

- Però en els negocis **jurídics complexos**, com ocorre en les relacions verticals i en les relacions horitzontals de cooperació, **la regla és la separabilitat**, és a dir, la nul·litat parcial. I, en conseqüència, la nul·litat total és l'excepció.
 - Ara bé, el mateix TJUE, que és una institució que aplica i interpreta el dret de la competència europeu, però no el dret patrimonial dels Estats membres, també proclama que les conseqüències d'aquesta nul·litat respecte dels altres elements de l'acord no estan regulades pel dret europeu.
 - I, per tant, quan, segons l'article 101.2 TFUE, una determinada part d'un acord és nul·la, **les conseqüències civils** per a les altres parts dissociables **depenen del dret dels Estats membres**.
 - Això ens introdueix en l'àmbit de les conseqüències de la infracció contractual de normes imperatives en el nostre ordenament.

- La nul·litat total i la nul·litat parcial presenten finalitats diferents.
 - Mentre que la nul·litat total persegueix excloure o privar d'efectes aquells actes, contractes o negocis jurídics que segons l'ordenament no mereixen tal consideració;
 - la nul·litat parcial tracta de solucionar el problema de la conservació de l'acte o negoci afectat per la nul·litat d'una part del seu contingut.
- Quan, com ocorre amb el dret de la competència europeu i nacional, la norma imperativa no es pronuncia expressament sobre la nul·litat total o parcial, la doctrina és unànime a assenyalar que en aquests casos **el dilema** entre nul·litat total o parcial ha de resoldre's indagant **si l'objectiu i la finalitat de la norma infringida se satisfà millor amb l'una o l'altra.**

- La preferència per la nul·litat parcial o total és, per tant, una qüestió que depèn fonamentalment de **la ràtio i la finalitat** perseguida per la norma que imposa la nul·litat, en el nostre cas el dret de la competència.
 - En aquest sentit, les normes jurídiques que limiten el lliure joc de l'autonomia de la voluntat no solament defineixen l'àmbit d'actuació dels operadors econòmics conforme a l'ordenament jurídic, sinó que també incideixen en la sanció de nul·litat a aplicar a aquests negocis jurídics.
- En dret de la competència la prohibició d'acords restrictius de la competència **no pretén protegir a cap dels subjectes vinculats per l'acord col·lusori sinó al mercat.**
 - L'objectiu de les normes de competència és protegir la lliure competència en el mercat. En concret, el bé jurídic prioritàriament tutelat pel dret de la competència és el procés competitiu, entès com la lluita entre els operadors del mercat basada en la presa individual de les decisions i en les bondats dels béns i serveis que ofereixen a clients i consumidors finals.

- La nul·litat per infracció del dret de la competència **no deriva pel caràcter inequitatiu de cap pacte**, sinó perquè que aquest, estant prohibit per apartat 1 de l'article 101 TFUE, no complisca les condicions de l'apartat 3 del mateix precepte.
 - El dret de la competència no fa una composició dels interessos de les parts del contracte, sinó que la seua finalitat és impedir que a través de determinades pràctiques s'obstaculitze el correcte funcionament del sistema d'economia de mercat, i no es puguem complir els seus objectius d'eficiència econòmica.
 - Això significa que la normativa antimonopoli protegeix un interès públic, com és que el mercat de lliure competència funcione correctament, impedint que els empresaris es posen d'acord per a restringir la competència en benefici propi, però en perjudici de tots els altres participants en el mercat.

- Que el bé jurídic protegit per l'article 101 TFUE i 1 LDC és el mercat és una cosa que no pot passar desapercebuda en l'enjudiciament de les conseqüències jurídiques de la infracció del dret de la competència. A més, ateses les particularitats d'aquesta normativa, en la qual no existeixen prohibicions *per se*, **cada restricció de la competència presenta una raó pròpia.**
 - Així, per exemple, la raó de la prohibició de la fixació de preus de revenda és diferent de la prohibició de proveïment exclusiu, com es veurà posteriorment.
- **Sense descendir a la raó de cada prohibició** en el marc de l'acord en el qual s'ha adoptat, i prenent com a referència que el bé jurídic protegit per la norma imperativa és el mercat, **no és possible fer adequadament el judici sobre la dicotomia de nul·litat total o parcial.**
 - Si l'únic criteri correcte per a dilucidar el judici de la nul·litat parcial és atendre la norma jurídica infringida, **no és possible elaborar una dogmàtica abstracta**, sinó que depèn del cas concret, atesa la naturalesa i la finalitat de la norma imperativa i el tipus concret de negoci o contracte infractor.
 - Vegeu l'apartat 8 del tema 4 relatiu a la incidència del dret de la competència en els contractes de distribució.

- **Tema 2. La compravenda mercantil**
- 1.- Concepte legal de compravenda mercantil i distinció de la compravenda civil.
- 2.- La transmissió dels riscos en la compravenda mercantil.
- 3.- Contingut del contracte. Obligacions de les parts i el seu incompliment.
- 4.- La compravenda mercantil internacional i els Incoterms.

- **1.- Concepte legal de compravenda mercantil i distinció de la compravenda civil.**

- **Article 325 Codi comerç**

- És mercantil la compravenda de **coses mobles** per a **revendre-les**, bé de la mateixa manera en què es van comprar, bé d'una altra de diferent, amb **l'ànim de lucrar-se amb la revenda**.

- Per tant,

- No és necessari que faça la compravenda un empresari. Pot ser mercantil una compravenda **entre no empresaris** (vegeu article 2 Codi comerç).

- Els requisits de la compravenda mercantil són:

- Objecte: **coses mobles**

- **Doble intencionalitat:**

- Revenda

- Revenda amb ànim de lucre

- **Article 326 Codi comerç.**
- **No es consideraran mercantils:**
 - 1r) Les compres d'efectes **destinats al consum** del comprador o de la persona per l'encàrrec de la qual s'adquirisquen.
 - 2n) Les vendes que facen els propietaris i **els llauradors o ramaders**, dels fruits o productes de les seues collites o bestiar, o de les espècies en què se'ls paguen les rendes.
 - 3r) Les vendes que, dels objectes construïts o fabricats pels **artesans**, facen aquests en els seus tallers.
 - 4t) La revenda que faça qualsevol persona no comerciant de **la resta dels apilaments** que va fer per al seu consum.

- **Distinció de la compravenda civil i supòsits complicats: la compravenda inversió.**
- **STS 242/2015, 13 de maig de 2015:**
- “El Codi de Comerç, en l’art. 325 exigeix, per a considerar mercantil la compravenda, **un doble requisit subjectiu o intencional** del comprador: que es faça la compra per a ser revenuda amb ànim de lucrar-se en la revenda posterior. A diferència d’altres contractes regulats en el mateix text legal en els quals reconeix el caràcter mercantil del contracte quan intervé un empresari, per contra, la compravenda mercantil quedaria reservada per als comerciants que són els que professionalment compren per a revendre.
En efecte, l’art. 325 del CdCom, invocat en el motiu com a infringit pel recurrent, no regula objectivament "el caràcter" de la revenda. Només s’hi refereix l’art. 326 del mateix text legal, per a negar-los, en l’apartat 4t, el caràcter mercantil quan la compra la fa una persona no comerciant i revèn la "resta dels apilaments que va fer per al seu consum".
A pesar que les sentències invocades pel recurrent en el motiu segueixen la direcció que pretén el recurrent (excepte la invocada de 20 de novembre de 1984, que qualifica l’operació de compravenda com a mercantil); altres resolucions, com les SSTS de 16 de gener de 2011, 10 d’abril de 2003, 3 de novembre de 1988, 3 de maig de 1985 i 12 de març de 1982, entre altres, han entès que la compra per un empresari **amb la intenció de destinar l’objecte comprat a la seua explotació** o integració industrial o comercial **ha de reputar-se mercantil** (l’anomenada compravenda inversió).

• Continua...

- **“La distinció** entre compravenda civil o compravenda mercantil té transcendència en **dos ordres d’accions**, la que versa sobre reclamació pels **defectes de la cosa** venuda (art. 342 CdCom o 1486 i seg. CC) i la de **reclamació pel venedor del preu de la cosa**. Encara que la **prescripció** per a reclamar el preu de la cosa venuda es troba en el Codi Civil i és de tres anys (art. 1967.4 CC), en supòsit de venda de caràcter mercantil és de quinze anys (art. 1964, per remissió de l’art. 943 CdCom), la qual cosa sembla incongruent amb la postulada seguretat i celeritat en el tràfic jurídic-mercantil. Hi ha un altre corrent científic i jurisprudencial que ha considerat sempre civil el contracte mixt, com la STS de 7 de maig de 1973. La Sala hi refereix que no pot considerar-se mercantil un contracte de compravenda i arrendament d’obra, perquè el fabricant es va obligar no solament al lliurament, sinó al muntatge de la maquinària.
- En el nostre cas, no ha sigut discutit que el preu corresponia a **la venda d’un programa de solució integrada de gestió per a l’administració del negoci denominat ERP** (Enterprise Resource Planning), com una eina de gestió per al millor funcionament administratiu, però el subministrament de l’equip anava acompanyat de la formació del personal de la recurrent.
- De fet, la part del preu que segons la demandada no ha satisfet correspon a la falta de formació del personal, motiu pel qual, juntament amb el mal funcionament de l’equip informàtic "a partir de 2005 no es va procedir a pagar cap quota més per aquesta eina" (de l’escrit de contestació, pàg. 3, últim paràgraf). En aquest cas, **estaríem en presència d’un contracte mixt de compravenda i arrendament de serveis, per la qual cosa ha de considerar-se l’operació de compravenda civil”**.

- “Però a més, hi ha altres factors que ens han de portar a la mateixa conclusió: **ni l’equip informàtic es compra per a revendre, ni podia el comprador tenir el propòsit de revendre’l.**

L’objecte de la compravenda és una llicència d’ús d’un programa de gestió administrativa d’ús intern, que s’instal·la en el servidor d’Alcoiana, ara recurrent. El venedor és simplement el distribuïdor de les aplicacions informàtiques que subministra a empreses o particulars, però el comprador, siga persona física o jurídica, no pot comprar per a revendre el que no és més que una llicència d’ús. I si no pot revendre, no pot esperar obtenir un lucre en la revenda ni en la mateixa manera en què es va comprar o bé en una altra diferent.

L’operació de compravenda ací prevista és de naturalesa civil i, per tant, a l’efecte de la prescripció de l’acció per a reclamar la resta del preu, és aplicable el termini de tres anys, de conformitat amb l’art. 1967.4 CC, per la qual cosa l’acció exercitada està prescrita”.

- **2.- La transmissió dels riscos en la compravenda mercantil.**
- En dret espanyol la mera perfecció del contracte de compravenda no suposa la transmissió del domini al comprador, sinó que és necessària la *traditio* o lliurament perquè l'efecte translatiu es produísca.
- Aquesta obligació de lliurament té particularitats en relació amb la compravenda mercantil i això incideix en la transmissió del risc.
- Com veurem, **el lliurament en dret mercantil s'equipara amb la posada a disposició**. A partir d'aquest moment, excepte supòsits especials, els riscos de deterioració són transmesos al comprador encara que aquest no haja rebut físicament la cosa.
 - I, en conseqüència, si li ocorre res a la cosa, després de la posada a disposició, el comprador ha de complir amb l'obligació de pagament, encara que no reba la cosa, perquè el risc ha sigut transmès.

- **Règim jurídic:** articles 333 i 334 Codi Comerç. Si bé es tracta de dret dispositiu i en aquest aspecte tenen especial importància els Incoterms.
- **Art. 333.**
 - Els danys i menyscapes que sobrevingueren a les mercaderies, **perfet el contracte i tenint el venedor els efectes a la disposició del comprador** en el lloc i temps convinguts, seran **a compte del comprador**, excepte en els casos de dol o negligència del venedor.
- **Art. 334.**
 - Els danys i menyscapes que patisquen les mercaderies, llevat de cas fortuït, seran **a compte del venedor** en els casos següents:
 - 1r) Si la venda s'haguera fet per nombre, pes o mesura, o la cosa venuda no fora certa i determinada, amb marques i senyals que la identifiquen.
 - 2n) Si per pacte exprés o per ús del comerç, atesa la naturalesa de la cosa venuda, tinguera el comprador la facultat de reconèixer-la i examinar-la prèviament.
 - 3r) Si el contracte tinguera la condició de no fer el lliurament fins que la cosa venuda adquirisca les condicions estipulades.

• 3.- Contingut del contracte. Obligacions de les parts i el seu incompliment.

- Art. 327.
- Si la venda es fa sobre mostres o determinant qualitat coneguda en el comerç, **el comprador no pot refusar** el rebut dels gèneres contractats, si són conformes a les mostres o a la qualitat prefixada en el contracte.
 - En el cas que el comprador es negara a rebre'ls, **es nomenaran perits** per totes dues parts que decidiran si els gèneres són o no acceptables.
 - Si els perits declararen que són acceptables, s'estimarà consumada la venda; en cas contrari, es rescindirà el contracte, sense perjudici de la indemnització a què tinga dret el comprador.
- Art. 328.
- En les compres de gèneres que no es tinguen a la vista ni puguen classificar-se per una qualitat determinada i coneguda en el comerç, **s'entendrà que el comprador es reserva la facultat d'examinar-los** i de rescindir lliurement el contracte si els gèneres no li convingueren.
- També té el comprador el dret de rescissió si per pacte exprés s'ha reservat assajar el gènere contractat.

- Art. 329.
- Si el venedor **no entrega en el termini estipulat** els efectes venuts el comprador pot demanar
 - el compliment
 - o la rescissió del contracte,
 - amb indemnització, en tots dos casos, dels perjudicis que se li hagen irrogat per la tardança.

- Art. 330.
- En els contractes en què es pacte el lliurament d'una quantitat determinada de mercaderies en un termini fix, el comprador no estarà obligat a rebre una part, ni sota promesa d'entregar la resta;
 - però si acceptara el lliurament parcial, quedarà consumada la venda quant als gèneres rebuts, excepte el dret del comprador a demanar per la resta el compliment del contracte o la seua rescissió.
- Art. 331.
- La pèrdua o deterioració dels efectes abans del seu lliurament, per accident imprevisit o sense culpa del venedor, donarà dret al comprador per a rescindir el contracte, llevat que el venedor s'haguera constituït en depositari de les mercaderies conformement a l'article 339; en aquest cas es limitarà la seua obligació a la que nasca del depòsit.

- Art. 332.
- Si el comprador refusa sense causa justa el rebut dels efectes comprats, el venedor pot demanar el compliment o la rescissió del contracte, depositant judicialment en el primer cas les mercaderies.
- El mateix depòsit judicial pot constituir el venedor sempre que el comprador demore fer-se càrrec de les mercaderies.
- Les despeses que origine el depòsit seran de compte de qui haguera donat motiu per a constituir-lo.

- Art. 335.
- Si els efectes venuts periren o es deterioraren a càrrec del venedor, retornarà al comprador la part del preu que haguera rebut.
- Art. 336.
- El comprador que en el moment de rebre les mercaderies **les examina, no tindrà acció per a repetir** contra el venedor **al·legant vici o defecte de quantitat o qualitat** en les mercaderies.
- El comprador **té el dret de repetir** contra el venedor, per defecte en la quantitat o qualitat de les mercaderies rebudes enfardades o embalades, **sempre que exercisca l'acció dins dels quatre dies següents** al dia de la recepció i l'avaria no procedisca de cas fortuït, vici propi de la cosa o frau.
- En aquests casos **el comprador pot optar** per la rescissió del contracte o pel seu compliment conformement al que s'ha convingut, **però sempre amb la indemnització** dels perjudicis que li hagen causat els defectes o les faltes.
- El venedor pot evitar aquesta reclamació exigint, en l'acte del lliurament, que es faça el reconeixement, quant a quantitat i qualitat, a satisfacció del comprador.

- Art. 337.
- **Si no s'ha estipulat** el termini per al lliurament de les mercaderies venudes, el venedor ha de tenir a la disposició del comprador **dins de les vint-i-quatre hores següents** al contracte.
- Art. 338.
- Les despeses del lliurament dels gèneres en les vendes mercantils seran a càrrec del venedor fins a posar-los, pesats o mesurats, a la disposició del comprador, si no hi intervé pacte exprés en contra.
- Les despeses de recepció i extracció fora del lloc del lliurament seran a compte del comprador.

- Art. 339.
- Posades les mercaderies venudes **a la disposició del comprador**, i donant-se aquest per satisfet, o depositant-se aquelles judicialment, en el cas previst en l'article 332, **comença per al comprador l'obligació de pagar** el preu al comptat o en els terminis convinguts amb el venedor.
- Aquest es constituirà depositari dels efectes venuts i quedarà obligat a la seua custòdia i conservació segons les lleis del depòsit.
- Art. 340.
- En tant que els gèneres venuts estiguen en poder del venedor, encara que siga en qualitat de depòsit, **aquest té preferència sobre ells a qualsevol altre creditor per a obtenir el pagament** del preu amb els interessos ocasionats per la demora.

- Art. 341.
- La demora en el pagament del preu de la cosa comprada posa el comprador en l'obligació de pagar l'interès legal de la quantitat que dega al venedor.

• Art. 342.

- El comprador que **no haja fet cap reclamació** fundada en els **vicis interns** de la cosa venuda, dins dels trenta dies següents al seu lliurament, **perdrà tota acció i dret a repetir** per aquesta causa contra el venedor.

- Art. 343.
- Les quantitats que, per **via de senyal**, s'entreguen en les vendes mercantils, **es consideraran sempre donades a compte del preu** i en prova de la ratificació del contracte, excepte pacte en contra.
- Art. 344.
- No es rescindiran les vendes mercantils per causa de lesió; però indemnitzarà danys i perjudicis el contractant que haja procedit amb malícia o frau en el contracte o en el seu compliment, sense perjudici de l'acció criminal.
- Art. 345.
- En tota venda mercantil el venedor queda obligat a **l'evicció i el sanejament** en favor del comprador, **excepte pacte en contra**.

• 4.- La compravenda mercantil internacional i els Incoterms.

- Quan alguna cosa va malament durant una operació comercial, qui és el responsable l'exportador, l'importador, el transportista? Qui s'encarrega de la càrrega i descàrrega de la mercaderia? Qui paga el transport? Qui ha de fer-se càrrec dels tràmits duaners?
- En el comerç internacional hi ha una sèrie de termes comunament acceptats per tothom per a resoldre els conflictes que puguen sorgir entre les parts que intervenen en una operació: **els Incoterms** (INternational COMmercial TERMS).
- Els Incoterms van ser establits en 1936 per la CCI amb seu a París. Des de llavors aquest organisme ha actualitzat aquests termes en diverses ocasions per a adaptar-lo al comerç actual: 1936, 1953, 1990, 1980, 2000, 2010 i 2020.
- Els Incoterms 2020 són onze termes de tres lletres que defineixen les responsabilitats de l'exportador i l'importador quant als costos, riscos i tràmits que comporta una compravenda internacional: EXW, FAS, FOB, FCA, CFR, CIF, CPT, CIP, DPU, DAP, DDP.
- La reforma del 2010 va suprimir quatre Incoterms – DEQ, DES, DAF i DDU – i els va substituir per dos nous Incoterms lletra “D”, DAT (entregat en terminal) –actualment substituït per DUP (entregada en lloc de descàrrega, siga terminal o no) – i DAP (entregat en el punt de destinació).

- Els Incoterms són una sèrie d'obligacions que han de constar en tota transacció comercial internacional, la qual es plasma en un contracte de compravenda.
- En aquest contracte venedor i comprador han d'establir, entre altres qüestions:
 - **qui es fa càrrec de les despeses de transport,**
 - **qui es responsabilitza de la mercaderia en cas de deterioració,**
 - **i qui es responsabilitza dels tràmits duaners.**
- L'ús d'Incoterms **no és obligatori**, però la seua inclusió en compravendes internacionals és molt recomanable: unifica els criteris i la terminologia comercial que s'utilitzen entre les parts.
- Per això els Incoterms estan íntimament relacionats amb la regulació per a la compravenda internacional de mercaderies, la qual cosa ens situa directament en l'àmbit del **Conveni de Viena de 1980**.

- **Conveni de Viena de 1980**
- Regulació de **caràcter dispositiu**.
- L'autonomia de la voluntat preval sobre la CV:
 - Pot excloure-la íntegrament:
 - Acord exprés.
 - Exclusió tàcita: designació del dret nacional d'un Estat no contractant.
 - Pot excloure-la en part:
 - Disposicions particulars d'un contracte.
 - Designació d'un Incoterm.
- **Quins aspectes regula?**
 - Formació del contracte.
 - Les obligacions de les parts:
 - Venedor: lliurament de la mercaderia i sanejament per falta de conformitat.
 - Comprador: recepció de la mercaderia i pagament del preu.
 - Règim de l'incompliment del contracte (incompliment essencial: frustració d'expectatives de la part).
 - Transmissió del risc.

• **On/quan es compleix l'obligació de lliurament?**

- Regles bàsiques contingudes en la Convenció (art. 31 CV):
 - La mercaderia ha d'entregar-se al comprador on i quan diga el contracte.
 - Criteri residual: Si el contracte no diu res, s'ha de posar a la disposició del comprador en l'establiment del venedor.
- Però es tracta de criteris subsidiaris:
 - Es poden alterar pel principi de l'autonomia de la voluntat.
 - Es poden alterar pactant un Incoterm.

• **Quan es transmet el risc?**

- La pèrdua de la cosa per accident (cas fortuït), una vegada produïda la transmissió del risc, no exonera el comprador de pagar el preu (art. 66 CV).
- Però el moment de la transmissió es pot concretar pactant un Incoterm.

• **Resum:**

- En el comerç internacional cal disposar de models fixos, coneguts per tothom i que no canvien en cada país o mercat. A aquesta necessitat responen els Incoterms: models de compravenda fixats en els INCOTERMS de la CCI, estandarditzats en el pla internacional. Això permet major celeritat en el procés de contractació:
 - Exemple: EXW, avinguda dels tarongers s/n, València, Espanya, Incoterms 2010.

- **INCOTERMS 2020**

- **Quina eficàcia tenen?**

- S'apliquen per la voluntat de les parts.
- S'apliquen amb preferència sobre el règim dispositiu de la Convenció.
- Les parts poden modificar-ne el contingut.
- S'utilitzen preferentment en el comerç internacional, però, a vegades, també en el domèstic.

- **Quins aspectes del contracte fixen?**

- Com es compleix l'obligació de lliurament.
- Quan es transmet el risc.
- Com es reparteixen el venedor i el comprador els costos i les gestions derivats de la compravenda (transport, assegurança, tramites d'exportació, importació i duanes, etc.).

- S'ordenen per grups, identificats per la primera lletra de l'acrònim (E, F, C i D), en funció de la major o menor càrrega per a una de les parts:
- El que comença per la lletra "E" (Ex Works) implica menor càrrega per al venedor.
- Els de la lletra "D" (DUP, DAP, DDP) representen una menor càrrega per al comprador.
- Per tant, l'elecció de l'Incoterm apropiat per a una compravenda depèn de quines càrregues i despeses està disposat a assumir cada part del contracte.

• Novetats dels Incoterms 2020

El setembre de 2019, la CCI, coincidint amb el seu centenari, va aprovar la revisió de les regles que governen els Incoterms®. Es tracta de l'edició 2020, que substitueix l'anterior del 2010.

Des de l'1 de gener del 2020, a falta de pacte en contra, seran aquestes noves regles les que regulen el terme comercial triat expressament per les parts, i s'entendran incorporades, per tant, al corresponent contracte de compravenda.

Des del punt de vista substantiu, l'edició 2020 té poques novetats en relació amb l'anterior de 2010, en la qual s'havia fet una revisió profunda de les regles.

Entre les novetats destaquen les següents:

- se substitueix l'Incoterm DAT (*delivered at terminal*) per un nou DPU (*delivered at place unloaded*: entrega en lloc de descàrrega): es modifica per a emfatitzar la realitat que el lloc del lliurament pot ser qualsevol on es puga descarregar, i no sols una "terminal", tenint en compte que DPU és un Incoterm pensat per a qualsevol mitjà de transport;
- es varia la cobertura aplicable per defecte a les assegurances que es contracten per al transport de la mercaderia en termes CIP i CIF, ampliant la cobertura d'un sistema de cobertura a "determinats riscos" a una cobertura "a tot risc";
- s'inclou una referència expressa als requisits relacionats amb la seguretat en el transport,
- i s'introdueixen modificacions de detall en els Incoterms FCA, DAP, DPU i DDU.

- **Atenció:** imatge sobre Incoterms 2010 (sols canvia DAT per DUP)

¿Cuáles son los Incoterms 2010?

Clasificación por grados ascendentes de obligaciones para el vendedor

Texto inglés		Texto castellano
code	Descripción	Descripción
EXW	EX Works...named place	Fábrica (en) lugar convenido
FCA	Free CArrier...named place	Franco transportista lugar convenido
FAS	Free AlongSide ship...named port of shipment	Franco al costado del buque puerto de carga convenido
FOB	Free On Board...named port of shipment	Franco a bordo...puerto de carga convenido
CFR	Cost and Freight ...named port of destination	Coste y flete...puerto de destino convenido
CPT	Carriage Paid To... named port of destination	Transporte pagado hasta...puerto de destino convenido
CIF	Cost, Insurance, Freight...named port of destination	Coste, seguro y flete...puerto de destino convenido
CIP	Carriage and Insurance Paid to...named place of destination	Transporte y seguro pagados hasta, puerto de destino convenido
DAT	Delivered At Terminal... Named port of destination	Entregado en terminal...puerto de destino convenido
DAP	Delivered at Place ...named port of destination	Entregado en un punto...lugar de destino convenido
DDP	Delivered Duty Paid...named place of destination	Entregado derechos pagados...lugar de destino convenido

Table of equivalence, French source: JO of August 14, 1998, international sales conditions

- Els Incoterms es poden classificar segons les **responsabilitats d'exportador i importador**.
 - En la família de les **lletres E i F** la transmissió dels costos i riscos de transport es produeix en el moment en què l'exportador entrega la mercaderia a l'importador al país d'origen.
 - En la família de la **lletra C** la transmissió dels costos de transport es produeix al país de destinació (el venedor paga el transport principal), però la transmissió dels riscos de pèrdua o deterioració de la mercaderia es produeix en el país d'origen.
 - En la família de la **lletra D** la transmissió dels costos i riscos de transport es produeix en el moment en què l'exportador entrega la mercaderia a l'importador al país de destinació.
- Decidit aquest primer aspecte, cal també tenir en compte quin **tipus de transport** s'utilitzarà:
 - per a qualsevol manera de transport, EXW, FCA, CPT, CIP, DDP, DAP, DDP;
 - per a transport marítim o fluvial, FAS, FOB, CFR, CIF.
- Al seu torn, els Incoterms es poden classificar segons **els costos del transport principal**.
 - Quan s'utilitzen els incoterms EXW, FAS, FOB i FCA els costos els assumeix l'importador;
 - En la resta de termes aquesta obligació corre per compte de l'exportador.

• LLETRA E

- **Ex Works:** coincideix bàsicament amb el model de compravenda previst en el dret dispositiu nacional i internacional, a falta de pacte.
- Venedor:
 - Ha de posar la mercaderia a la disposició del comprador, verificada, marcada i embalada, en l'establiment definit (normalment les seues instal·lacions).
 - No assumeix responsabilitats de càrrega.
- Comprador:
 - Assumeix la resta de responsabilitats.
 - Ha de rebre la mercaderia, quan es pose a la seua disposició i pagar el preu.
 - Ha d'obtenir les llicències d'exportació i importació necessàries, si s'escau, i dur a terme les formalitats duaneres.
 - Assumeix tots els riscos i les despeses de transport.

- Utilitzat tant en el comerç nacional com en el comerç internacional.
- El venedor fa el lliurament en les seues pròpies instal·lacions.
- Sol utilitzar-se per empreses sense experiència en el comerç internacional i/o sense infraestructura internacional.
- No és un Incoterm aconsellable per al comprador si no està en condicions d'obtenir el despatx per a l'exportació.

- El venedor no ha de:
 - Carregar la mercaderia en cap vehicle.
 - Encarregar-se de contractar el transport ni l'assegurança.
 - Despatxar la mercaderia per a l'exportació, quan tal despatx siga necessari.
- Però ha de proporcionar:
 - La mercaderia degudament embalada per al seu transport, seguint si escau les especificacions del comprador.
 - Documentació: la factura.
 - Ajuda per a aconseguir qualsevol llicència d'exportació, quan siga necessària.
 - Informació per a acreditar la seguretat de la mercaderia, quan s'exigisca.
 - La informació que necessite per a contractar el segur, si s'escau.

• INCOTERMS Lletra F

- El venedor ha de:
 - **Entregar** la mercaderia al portador en un lloc determinat, en el port, en l'aeroport, en la terminal de ferrocarril, etc. **i assumir tots els riscos i les despeses** fins que aquest fet es produïska.
 - Si s'escau, aconseguir les corresponents llicències d'exportació i tràmits duaners.
- El comprador ha de:
 - Contractar el transport principal.
 - Avisar al venedor de l'arribada del mitjà de transport al punt de recollida.
 - Si s'escau, aconseguir llicències d'importació.

- **Free Carrier (FCA): transportista franc**
- És un Incoterm polivalent: es pot utilitzar amb qualsevol tipus de transport o amb diversos mitjans.
- El venedor fa el lliurament en les seues pròpies instal·lacions o en un altre lloc, però, a diferència de l'Ex Works, assumeix:
 - La càrrega de la mercaderia.
 - El despatx per a exportació.

- El risc es transfereix amb el lliurament al portador, en el lloc citat al costat de l'acrònim en l'Incoterm.
- **Possibilitats de lliurament:**
 - Si el lloc de lliurament són **les instal·lacions de l'exportador**, aquest només és responsable de la càrrega. En aquest moment es produeix el lliurament i, per tant, la transmissió dels riscos i costos.
 - Si el lloc de lliurament **és diferent de les seues instal·lacions**, com per exemple un magatzem en una terminal al país d'origen, l'exportador es responsabilitza dels costos de transport fins que posa la mercaderia preparada per a la descàrrega a la disposició del transportista contractat per l'importador. En aquest moment es produeix el lliurament i, per tant, la transmissió dels riscos i costos.
 - Per tant, si es produeix un problema fins al magatzem, el responsable és l'exportador. Si ocorre després, la responsabilitat és de l'importador.

- Especialitats quant al transport
 - El venedor no assumeix cap obligació en relació amb la contractació del transport principal.
 - No obstant això, pot contractar-ho en les condicions usuals i a risc i expenses del comprador, quan:
 - Ho sol·licite el comprador.
 - Si és pràctica habitual entre ells i el comprador no dona instruccions contràries amb la deguda antelació.

- Especialitats quan a documentació i notificacions
 - Igual que succeeix amb l'Ex Works, el venedor ha de proporcionar al comprador:
 - Documentació: la factura.
 - Informació per a acreditar la seguretat de la mercaderia, quan s'exigisca.
 - La informació que necessite per a contractar el segur, si s'escau.
 - Però, a diferència de l'Ex works, ha de donar notícia:
 - que la mercaderia s'ha entregat; o bé,
 - que el portador o la persona designada pel comprador no s'ha fet càrrec de la mercaderia en el termini acordat.
 - En aquest segon cas el comprador assumeix les despeses ocasionades (emmagatzematge).

- Especialitats quant a la transmissió del risc
 - La transmissió del risc es produeix en el moment del lliurament.
 - Però pot ocórrer que el lliurament no es duga a terme d'una manera efectiva i, així i tot, el comprador assumisca el risc.
 - Això succeirà:
 - Si el comprador no notifica qui és el portador o la persona designada per a fer-se càrrec de la mercaderia en el punt acordat.
 - En els supòsits de *mora accipiendi*: Si portador o persona designada no es fan càrrec de la mercaderia en el termini o dins del termini acordat.

- **FAS: Free Alongside Ship / franc al costat del vaixell**
- És un Incoterm específic per a transport marítim o fluvial.
- L'exportador assumeix els riscos i costos del transport **fins al moll al costat del vaixell** contractat per l'importador al país d'origen.
- En aquest moment es produeix el lliurament i, per tant, la transmissió dels costos i riscos de l'exportador a l'importador.
- En conseqüència, si es produeix un problema durant el transport local, la responsabilitat és de l'exportador, però si es produeix durant la càrrega o el transport principal és l'importador qui assumeix la responsabilitat.

- **Venedor**

- Les obligacions del venedor han sigut complides quan la mercaderia, ja pagats els aranzels, és situada al costat del vaixell en el moll o port d'embarcament convingut.

- **Comprador**

- El comprador assumeix des d'aquest moment totes les despeses i els riscos de pèrdua o deterioració, tan prompte la mercaderia haja sigut entregada al costat del vaixell, especialment en cas de retard de l'embarcació o anul·lació de l'escala.
- El comprador designa el transportista, concreta el contracte de transport i paga el noli (*flete* en castellà).

- **Obligació de lloc i de moment**

- El venedor només lliura FAS si lliura al costat del vaixell, quan el vaixell és en el moll.
- Aquest últim ha de donar al venedor tota la informació sobre el nom del vaixell, el lloc de càrrega i el moment de lliurament triat en el període acordat.

- **Obtenció d'una llicència**

- L'obtenció d'una llicència d'exportació o d'una altra autorització oficial són a compte i risc del venedor.

- Així ocorre també per part del comprador en importació.

- **Despeses de documentació**

- El venedor, si és necessari i en un termini apropiat, ha de proporcionar al comprador (o ajudar-lo per a la seua obtenció) tot document o informació en relació amb la seguretat necessària per a l'exportació i/o importació de les seues mercaderies i/o per al seu transport a la destinació final. Els documents proporcionats i/o l'ajuda proporcionada són a compte i risc del comprador.

- **FOB: Free on Board / Carregat a bord al port d'embarcament convingut**
- És un Incoterm específic per a transport marítim o fluvial.
- L'exportador assumeix els riscos i costos del transport fins que la mercaderia és dalt del vaixell contractat per l'importador al país d'origen.
- En aquest moment es produeix el lliurament i, per tant, la transmissió dels costos i riscos de l'exportador a l'importador.
- En conseqüència, si es produeix un problema durant el transport local o la càrrega en el vaixell la responsabilitat és de l'exportador, però si es produeix durant el transport principal, és l'importador qui assumeix la responsabilitat.

- **Venedor**

- Ha de posar a disposició la mercaderia, en el port d'embarcament designat, a bord del vaixell triat pel comprador, i efectuar els tràmits de duana per a l'exportació, si foren necessàries.
- En un contracte de tipus FOB, el venedor compleix la seua obligació de lliurament quan la mercaderia és a bord del vaixell en el port d'embarcament designat.

- **Comprador**

- Tria el vaixell, paga el noli marítim i l'assegurança (si s'escau), i s'encarrega de les formalitats a l'arribada de la mercaderia.
- Assumeix així totes les despeses i els riscos de pèrdua o de deterioració que poden ocórrer a la mercaderia des del moment en què va ser entregada.

- **Resum: Free carrier (FCA)/Free alongside ship (FAS)/Free on Board (FOB)**

- Lliurament i transmissió del risc:

FCA: en el mitjà de transport terrestre, sense descarregar.

FAS: al costat del vaixell en el moll o sobre una barcassa. Pot utilitzar-se per a una cadena de vendes (lliuraments successius).

FOB: Abans, quan la mercaderia superava la borda del vaixell en el procés de càrrega. Incoterms 2010, quan la mercaderia és a bord.

- Perquè el lliurament siga possible, el comprador ha de donar avís al venedor sobre:

El nom del vaixell.

El punt de càrrega.

El moment de lliurament triat dins del termini acordat.

• INCOTERMS Lletra C

- S'incrementen les obligacions del venedor quant al transport i l'assegurança:
 - Obligació de contractar el transport:
 - CPT/CIP: transport terrestre o aeri. També el marítim si la borda del vaixell no compleix cap funció.
 - CFR/CIF (*freight/noli*): transport marítim.
 - Quan contenen la lletra "I" (*insurance*), obligació de contractar una assegurança.
- Transmissió del risc: més o menys igual que en els de la lletra "F".

• Carriage paid to (CPT)/ Transport pagat fins a

- És un Incoterm polivalent:
 - Es pot utilitzar amb qualsevol tipus de transport.
 - És el recomanat en cas de transport multimodal, perquè el risc es transmet amb el lliurament al primer portador.
- Com tots els Incoterms de la lletra “C” es caracteritza perquè el venedor assumeix el cost del transport fins a un determinat lloc.

- Principal peculiaritat: la transferència del risc i dels costos es produeixen en moments diferents:
 - Punt de referència per a la transmissió del risc: el lliurament al portador principal.
 - Punt de referència per a transferir la responsabilitat sobre els costos: quan la mercaderia arriba al lloc indicat al país de destinació.
- Per això és important determinar bé en el contracte el punt de lliurament i, sobretot, el punt concret en destinació, on el comprador ha de rebre les mercaderies.
- Lliurament i transmissió del risc:
 - Lliurament al portador.
 - Si hi ha diversos portadors (transport multimodal), amb el lliurament al primer d'aquests.
 - Si les parts volen que el risc es transmeta en un moment posterior (per ex. port oceànic o aeroport) han d'especificar-ho en el contracte.

- Despeses assumides pel venedor en relació amb el transport (referència: punt de destinació):
 - Costos de transport: fins al punt de destinació acordat. Si no s'acorda un punt específic “o no el determina la pràctica”, el venedor pot triar el que li convinga.
 - Al despatx de la mercaderia per a l'exportació s'afigen els tràmits per al transport de la mercaderia a través de qualsevol país abans del lliurament.
 - Costos de descàrrega? En això l'Incoterm se sotmet al contracte de transport i la seua regulació. En absència d'acord entre les parts la normativa nacional i internacional considera que són a compte del destinatari. Però pot pactar-se que es faça a compte del venedor.

- **Carriage and insurance paid to (CIP)/ Transport pagat fins a**
- Igual que CPT, CIP és un Incoterm polivalent:
 - Es pot utilitzar amb qualsevol tipus de transport.
 - És el recomanat en cas de transport multimodal, perquè el risc es transmet amb el lliurament al primer portador.
- En aquest cas, a més de contractar el transport (lletra “C”), el venedor assumeix l’obligació de contractar l’assegurança a expenses seues (lletra “I”).
- Com en CPT, la transferència del risc i dels costos es produeixen en moments diferents:
 - Risc: amb el lliurament al portador.
 - Costos: quan la mercaderia arriba al lloc indicat.

- **Peculiaritats en relació amb la contractació de l'assegurança:**
- Es tracta d'una assegurança pel risc del comprador de pèrdua o mal causats en la mercaderia durant el transport.
- L'assegurança haurà de contractar-se amb una companyia d'assegurances de bona reputació.
- Ha de donar dret a l'assegurat a reclamar directament a l'assegurador.
- Ha de cobrir com a mínim, **el preu del contracte més un 10%**.
- Ha de cobrir la mercaderia des del punt de lliurament fins al lloc de destinació acordats.
- La paga el venedor, però ho repercuteix en el preu de l'operació al comprador.
 - En principi, estan coberts: incendi, explosió, vaixell encallat, afonat o sotsobrat, descàrrega en port per arribada forçosa i pèrdua o danys per avaria gruixuda, bolcada o descarrilament en transport terrestre, etc.
 - Estan exclosos uns altres, com ara: terratrèmol, erupció volcànica o caiguda de llamp; guerres, vaga, etc.
- Documentació: lliurament al comprador de pòlissa d'assegurança o certificat a l'empresari de pòlissa global o d'abonament.

• **Cost and freight (CFR)/ Cost i noli**

- És un Incoterm específic per a transport marítim o fluvial.
- L'exportador es responsabilitza dels costos de transport fins al port al país de destinació.
- A partir d'aquest moment els costos són a càrrec de l'importador.
- Però els riscos són responsabilitat de l'exportador fins que la mercaderia és a bord del vaixell al país d'origen.
- A partir d'aquest moment els riscos són de l'importador.
- Per tant, si es produeix un incident en la càrrega, el responsable és l'exportador. Si ocorre posteriorment, el responsable és l'importador.
- Cal assenyalar que li correspon la descàrrega en el lloc de destinació a l'exportador, si s'ha pactat. En absència de pacte correspon a l'importador.

- **Venedor**

- Tria el transportista, tanca i assumeix les despeses pagant el noli (això és, el transport principal) fins al port d'arribada convingut, descàrrega no inclosa.
- D'altra banda, la transferència dels riscos és la mateixa que en FOB, a bord del vaixell.

- **Comprador**

- Assumeix el risc de transport quan la mercaderia ha sigut entregada a bord del vaixell en el port d'embarcament; ha de rebre-la el transportista al país de destinació i rebre el lliurament de la mercaderia en el port de destinació convinguda.

- **Despeses de documentació**

- El venedor, corrent amb les despeses, ha d'entregar al comprador un document de transport vàlid fins al port de destinació convinguda cobrint les mercaderies contractuals, per a fer valdre els seus drets
- A més, ha de donar-li totes les informacions necessàries per a prendre les mesures idònies per a rebre les mercaderies. Les informacions i documents relacionats amb la seguretat que necessita el comprador per a l'exportació i/o la importació i/o el transport fins a la destinació final han de ser entregats pel venedor al comprador, havent-los sol·licitat i assumint les despeses i els riscos.

• **Cost, insurance and freight (CIF)/ Cost, assegurança i noli**

- Igual que el CFR, però amb assegurança.

• **Venedor**

- Terme idèntic al CFR, amb l'obligació addicional per al venedor de proporcionar una assegurança marítima contra el risc de pèrdua o de danys de les mercaderies.
- El venedor paga la prima de l'assegurança en les mateixes condicions exposades per a l'Incoterm CIP.

• **Comprador**

- Assumeix el risc de transport quan la mercaderia ha sigut entregada a bord del vaixell en el port d'embarcament.
- I ha de verificar i rebre la mercaderia del transportista en el port de destinació convinguda.
- Als compradors els agrada aquest Incoterm perquè s'alliberen de les formalitats logístiques.

• **INCOTERMS Lletres D**

- Són els més favorables per al comprador, perquè suporta menys càrregues, però el preu se sol incrementar de manera inversament proporcional.
- El moment del compliment de l'obligació de lliurament i la transmissió del risc s'aproxima molt més a la recepció de la mercaderia pel comprador en el país de destinació.

- **Delivered at Place Unloaded (DUP)/ Delivered at place (DAP)/ Lliurament en lloc descarregat/ Lliurament en lloc abans de la descàrrega**
- El venedor s'encarrega d'entregar la mercaderia al comprador en un lloc on es puga descarregar (DUP) o en qualsevol lloc (DAP) especificats al costat de l'Incoterm.
 - DUP: Ha de ser un lloc on es puga descarregar la mercaderia. Per exemple, però no sols, una terminal. El concepte terminal es refereix a un lloc cobert o no, tal com un moll o àrea de contenidors.
 - DAP: el concepte qualsevol lloc inclouen les instal·lacions de l'importador, perquè la transmissió del risc es produeix quan s'arriba al lloc, sense descarregar.
- La transmissió del risc i la transmissió de la responsabilitat sobre les despeses es produeix en un mateix punt: el lloc de lliurament al comprador, en el qual aquest ha de fer-se càrrec de la mercaderia, en el país de destinació. Però en el DUP quan es descarrega i en el DAP quan s'arriba.
- Per tant, és molt important que s'especifique molt bé el punt de destinació.

- **Delivered Duty Paid (DDP)/ Entrega amb drets pagats**
- L'exportador és responsable dels costos i riscos del transport, inclosos els tràmits duaners d'importació, fins al lloc acordat amb l'importador al país de destinació.
- Aquest lloc pot ser qualsevol punt, incloses les instal·lacions de l'importador.
- Però el lliurament es produeix en el mitjà de transport utilitzat amb la mercaderia preparada per a la descàrrega.
- Per tant, si hi ha un problema en la descàrrega, la responsabilitat l'assumeix l'importador.

RESUM INCOTERMS: atenció, imatge respecte als del 2010

¿Quién asume los gastos de logística?

Repartición de los costes según el Incoterm negociado en el contrato

TITULOS	Salida fábrica	Transporte principal no pagado por el vendedor			Transporte principal pagado por el vendedor				Gastos de envío asumidos por el vendedor hasta el destino			
		EXW	FCA	FAS	FOB	CFR	CIF	CPT	CIP	DAT	DAP	DDP
Embalaje	V	V	V	V	V	V	V	V	V	V	V	V
Carga en fábrica	C	V	V	V	V	V	V	V	V	V	V	V
Antes de la entrega de la mercancía al transportista	C	V	V	V	V	V	V	V	V	V	V	V
Aduana exportación	C	V	V	V	V	V	V	V	V	V	V	V
Manutención al partir	C	C	C	V	V	V	V	V	V	V	V	V
Transporte principal	C	C	C	C	V	V	V	V	V	V	V	V
Seguro de transporte	C	C	C	C	C	V	C	V	V*	V	V	V
Manutención al llegar	C	C	C	C	C	C	C	C	V	V	V	V
Aduana importación	C	C	C	C	C	C	C	C	C	C	C	V
Al finalizar la ruta	C	C	C	C	C	C	C	C	C	C	C	V
Descarga fábrica	C	C	C	C	C	C	C	C	C	C	C	V

V: Coste asumido por el vendedor

C: Coste asumido por el comprador

* No obligatorio

Fuente : Transport-export.net (Edición, Formación, E-Learning, Consultoría)

- **Tema 3. Els negocis jurídics sobre l'empresa**
- 1.- L'empresa com a objecte de negocis jurídics. Problemes generals.
- 2.- La compravenda d'empresa.
- 3.- L'arrendament de l'empresa o arrendament del negoci.
- 4.- L'usdefruit de l'empresa.
- 5. - Drets reals de garantia sobre l'empresa.

• 1.- L'empresa com a objecte de negocis jurídics. Problemes generals

- La legislació no proporciona un concepte d'empresa.
- La doctrina recorre, per tant, a un concepte econòmic: organització de capital i treball destinada a la producció o a la mediació de béns o de serveis per al mercat (Broseta).
- L'empresa no és un subjecte, sinó una cosa. El subjecte que explota l'empresa és l'empresari.
- Per tant, l'empresa pot ser objecte de transmissió a través de diversos negocis segons produïsquen una transmissió plena i definitiva d'aquesta, com és el cas de la seua venda, de la transmissió a títol d'herència i de la transmissió a títol de llegat, o, per contra, determinen una mera transmissió temporal, com és el cas de l'usdefruit i de l'arrendament d'empresa.

- L'empresa és un conjunt d'elements de variada condició i naturalesa que, degudament organitzats, posseeix com a finalitat l'explotació d'una determinada activitat econòmica:
 - Relacions laborals.
 - Béns materials mobles i immobles.
 - Drets de propietat industrial.
 - Certes relacions jurídiques de naturalesa contractual que permeten una disponibilitat d'elements essencials de l'empresa.
 - Organització productiva dels anteriors (fons de comerç), que condensa dues situacions de fet pròpies de l'empresa en funcionament: la clientela i les expectatives de guanys.
- El conjunt de tots aquests elements en funcionament, degudament organitzats, normalment tindrà un valor superior al valor dels seus elements aïlladament considerats.

- **La transmissió d'empresa: problemes generals**
- En els negocis de transmissió de l'empresa, per qualsevol títol, es considera **transmès el conjunt** dels seus elements **amb excepció** dels drets i obligacions de l'empresari que tinguen **caràcter personalíssim** i sense perjudici de la normativa laboral i concursal aplicable per al cas de successió d'empresa.
- Les parts poden excloure de la transmissió alguns elements integrants de l'empresa sempre que amb això no es comprometa l'existència d'aquesta. És més, és possible l'exclusió d'algun bé essencial, si se'n permet a l'adquirent l'ús durant el temps necessari per a la consolidació de l'empresa transmesa.
- El transmitent de l'empresa està obligat a executar tots els actes que siguin necessaris per al lliurament de tots i cada un dels elements objecte de la transmissió. A més, el transmitent és obligat a entregar al cessionari la documentació comptable i empresarial i les llistes de clients, proveïdors i col·laboradors i a comunicar-li els secrets comercials i industrials.
- La transmissió *inter vivos* planteja, amb caràcter general, **quatre problemes**:
 - Cessió de crèdits
 - Assumpció de deute
 - Cessió de contractes
 - Prohibició de competència

- **Cessió de crèdits:**

- Davant l'absència de regulació específica, article 347 Cco:

- El creditor pot transferir els crèdits mercantils que no es puguin endossar ni al portador sense necessitat del consentiment del deutor, i n'hi ha prou que l'assabente de la transferència.
- El deutor queda obligat amb el nou creditor en virtut de la notificació, i des que tinga lloc només es considera pagament legítim el que es faça a aquest.

- Resum

- La transmissió de l'empresa implica la cessió automàtica dels crèdits generats en l'exercici de l'activitat empresarial.
- El transmissent serà responsable de la legitimitat del crèdit i, excepte pacte en contra, de la solvència del deutor.
- La transmissió de l'empresa ha de ser notificada al deutor. Mancant notificació, el pagament efectuat de bona fe pel deutor al transmissent serà deslliurador.
- La cessió de crèdits serà oposable enfront de tercers, fins i tot si no ha sigut notificada al deutor, quan ho siga la transmissió de l'empresa.

- **Assumpció de deute:**
- Davant l'absència de regulació específica, article 1205 Cc:
 - La novació, que consisteix a substituir un nou deutor en lloc del primitiu, pot fer-se sense el coneixement d'aquest, però no sense el consentiment del creditor.
 - Resum
 - L'adquirent de l'empresa assumeix tots els deutes que resulten de la documentació comptable i empresarial i aquelles altres que es pacten expressament.
 - El transmissor de l'empresa respon solidàriament amb l'adquirent de tots els deutes contrets per a l'organització de l'empresa i l'exercici de l'activitat empresarial amb anterioritat a la transmissió.
 - L'adquirent no respon, tanmateix, dels deutes que no figuren en la documentació comptable i empresarial, i de l'existència de la qual no haguera sigut informat o ni tinguera coneixement previ.

• Cessió de contractes:

- Amb caràcter general, no es produeix una cessió automàtica dels contractes (es requereix el consentiment de la contrapart); excepte en els casos legalment previstos, com ocorre amb el cas dels contractes de treball, article 44 ET; o en els contractes d'assegurança, article 34 LCS:
 - En cas de transmissió de l'objecte assegurat, l'adquirent se subroga en el moment de l'alienació en els drets i obligacions que corresponien en el contracte d'assegurança a l'anterior titular. S'exceptua el supòsit de pòlisses nominatives per a riscos no obligatoris, si en les condicions generals hi ha pacte en contra.
 - L'assegurat està obligat a comunicar per escrit l'adquirent l'existència del contracte de l'assegurança de la cosa transmesa. Una vegada verificada la transmissió, també ha de comunicar-la per escrit a l'assegurador o als seus representants en el termini de quinze dies.
 - Seran solidàriament responsables del pagament de les primes vençudes en el moment de la transmissió l'adquirent i l'anterior titular o, en cas que aquest haguera mort, els seus hereus.

• Prohibició de competència:

- El TS ha descrit les clàusules de no competència en contractes de transmissió d'empreses com a clàusules naturals en el sentit que són immanents al contracte fins al punt que poden considerar-se incloses, ex art. 1258 CC, encara que no es pacten expressament (STS de 18 de maig de 2012).
- En nombroses ocasions el tràfic mercantil imposa o aconsella certes restriccions a la competència, en aquest cas les clàusules d'inhibició, d'estar incorporades a contractes l'objecte principal dels quals no siga restringir, impedir o falsejar la competència, que constituïska restriccions accessòries del comerç, més o menys necessàries o simplement útils o convenients, per la qual cosa s'al·ludeix la seua validesa quan estan prou justificades i serveixen la finalitat perseguida en un contracte lícit.
- En el que ací interessa, quan els contractes regulen relacions que comporten la transmissió d'una empresa, clients, *know-how*, en els quals **la impossibilitat de lliurament material imposa al transmissent desplegar una conducta dirigida a no desviar la clientela ni interferir en les relacions de l'adquirent durant el temps precís i en l'espai o territori en el qual el transmissent desenvolupava la seua activitat**, fins i tot si açò comporta una impossibilitat temporal de competir en determinats nínxols del mercat.
- Per això, fins i tot, si no estan expressament pactades, poden arribar a entendre's exigibles a l'empara del que disposen els articles 1258 del Codi Civil i 57 del Codi de Comerç.
 - Així s'estableix, per exemple, en l'article 2557 el Codi Civil italià segons el qual qui aliena l'empresa ha d'abstenir-se, pel període de cinc anys de la transmissió, d'iniciar una nova empresa que per l'objecte, la ubicació o altres circumstàncies siga idònia per a desviar a la clientela de l'empresa cedida.

•2.- La compravenda d'empresa.

- Modalitats de comprar una empresa:
 - Contractual: contracte únic de compravenda: es compren en unitat d'acte els elements/béns.
 - Societària: adquisició d'accions o participacions socials (inclou la fusió per absorció): es compra la persona jurídica.
 - En aquesta secció ens referim exclusivament a la modalitat contractual.

- Per la compravenda d'empresa, el venedor s'obliga **en un únic contracte** a transmetre-la a canvi d'un preu.
- La finalitat és transmetre al comprador de manera definitiva la titularitat de cada una de les relacions jurídiques que lliguen l'empresari venedor amb cada un dels elements que integren l'empresa, de manera que aquell pugui succeir a aquest en la seua explotació.
 - L'empresa, com a unitat orgànica o conjunt organitzat d'elements, pot ser, per tant, objecte de transmissió a través de l'estipulació d'un únic contracte, l'objecte del qual serà la transmissió de l'empresa mateixa, sense que calga concloure tants contractes com elements individuals componguen l'empresa.
- Ara bé, tot i que les obligacions assumides en aquest únic contracte poden tenir per objecte al conjunt organitzat d'elements que constitueix l'empresa, la transmissió d'aquests elements ha de fer-se **d'acord amb les normes legals que regeixen la transmissió d'aquests individualment**, segons la seua pròpia naturalesa jurídica. És indispensable, per tant, respectar la llei de circulació pròpia de cada un d'aquests elements.

- La realitat del trànsit també demostra com, a vegades, contractes denominats com a compravenda d'empresa no constitueixen, en realitat, una transmissió d'una vertadera empresa. **Només hi ha contracte de compravenda d'empresa** quan el que es transmet i adquireix **és un conjunt organitzat d'elements en funcionament**, en atenció a l'activitat econòmica que s'hi duu a terme, l'explotació de la qual el comprador desitja continuar.
 - No som davant una vertadera compravenda d'empresa quan el que es compra és un conjunt desorganitzat d'elements d'una empresa pretèrita, que va deixar de funcionar, o futura, que no ha sigut explotada.

- Les parts poden acordar que la determinació dels elements objecte de lliurament i del preu de la compravenda són fixats **per un o més experts**.
- En aquest cas, el venedor queda obligat a proporcionar als experts tota la informació que sol·liciten.
- De fet, és habitual el recurs al que s'anomena ***due diligence***.
 - La *due diligence* es defineix com el procés d'investigació i recopilació d'informació que fa el potencial comprador o inversor d'una societat, després d'iniciar les primeres negociacions, per a determinar els riscos reals que té la companyia i analitzar la realitat de la seua situació econòmica i financera.
 - El procés de *due diligence* entra a examinar la totalitat dels aspectes sobre els quals versa el negoci i suposa la detecció de manques o eventualitats no controlades. És per això que la investigació normalment cobreix l'àmbit financer, comptable i comercial, així com els aspectes tecnològics, administratius, fiscals, laborals, legals, mediambientals, etc.
 - Durant el procés, el venedor assumeix l'obligació de proporcionar la informació que siga necessària i oportuna als experts. A més, les parts solen signar un acord de confidencialitat.
 - Després d'acomplir la fase d'investigació, el procés de *due diligence* finalitza amb l'elaboració d'un informe per part dels responsables d'aquesta.

- El venedor és obligat a entregar l'empresa conforme als pactes en el contracte i a garantir al comprador que no serà privat en tot ni en part de la seua possessió per un tercer en virtut d'un dret o pretensió anterior a la compravenda.
- El venedor és responsable de tota manca de conformitat existent en el moment de la transmissió, encara que es manifeste posteriorment, llevat que el comprador la coneguera o no haguera pogut ignorar-la en aquell moment.
- Si es produïra una falta de conformitat, el comprador pot exigir, per la seua sola denúncia dirigida al venedor, el compliment amb una reducció del preu o, si aquella afectara elements essencials de l'empresa, resoldre el contracte amb indemnització de danys i perjudicis.

- Sobre l'obligació de no competència, és habitual que les parts pacten que el venedor d'una empresa quede obligat a no desenvolupar per si o per persona interposada una activitat que, pel seu objecte, localització o altres circumstàncies, dificulte la conservació de la integritat del valor de l'empresa transmesa.
- El termini menys conflictiu respecte de la durada de l'obligació de no competència és de **dos anys**. No obstant això, les parts poden acordar un període de temps major sempre que siga conforme amb les normes de defensa de la competència. De fet, la jurisprudència ha admès durades de **fins a cinc anys**.
- I cal tenir en compte que l'incompliment de l'obligació de no competència pot donar al comprador dret a exigir la cessació immediata de l'activitat lesiva, l'abonament per l'infractor del guany obtingut i el pagament d'una indemnització de danys i perjudicis (inclosa la clàusula penal).

• 3.- L'arrendament de l'empresa o arrendament del negoci

4.- L'usdefruit de l'empresa

- Farem un tractament conjunt respecte de:
 - a) L'arrendament d'empresa (sense regulació en la LAU. Prou utilitzat en el sector hotelier).
 - b) L'usdefruit d'empresa el títol constitutiu de la qual no excloga expressament la seua gestió i administració (remissió a les regles del CC).
- **Obligacions de lliurament i d'explotació.**
- L'arrendador i el nu propietari estan obligats a entregar l'empresa a l'arrendatari o a l'usufructuari en els mateixos termes que en la compravenda.
- L'arrendatari i l'usufructuari estan **obligats a explotar** l'empresa **sense modificar-ne la destinació**, a conservar l'eficiència de l'organització i a gestionar-la de manera professional, prudent i ordenada. Per a complir aquestes obligacions, gaudiran de la necessària discrecionalitat tècnica i econòmica.
- Tant l'arrendatari com l'usufructuari assumiran les pèrdues de l'explotació.
- L'arrendatari no podrà subarrendar totalment ni parcialment l'empresa arrendada sense consentiment de l'arrendador.

- **Alienació de béns per l'arrendatari o l'usufructuari.**
 - L'arrendatari i l'usufructuari poden alienar els béns de l'actiu corrent de l'empresa sempre que es mantinga el valor d'aquesta.
 - L'arrendatari i l'usufructuari únicament podran alienar i substituir els béns de l'immobilitzat material de l'empresa quan siga convenient per al manteniment de l'eficiència de l'organització.
 - Quan es tracte de béns immobles o de drets de propietat intel·lectual o industrial caldrà el consentiment de l'arrendador o del nu propietari.
- **Despeses de l'empresa arrendada o en usdefruit.**
 - Les despeses ordinàries de l'empresa seran a compte de l'arrendatari o de l'usufructuari.
 - Les despeses extraordinàries que siguen necessàries per a la conservació o el funcionament de l'empresa seran a compte de l'arrendador o del nu propietari excepte els de reparació de danys imputables a l'arrendatari o a l'usufructuari.
 - Quan l'arrendador o el nu propietari assumisquen les despeses extraordinàries, tindran dret a exigir de l'arrendatari o de l'usufructuari l'interès legal de la quantitat invertida reportat durant l'arrendament o l'usdefruit.
 - Si, advertits de la necessitat d'aquestes despeses, no els assumiren, podran ser fets per l'arrendatari o per l'usufructuari, els quals tenen dret a exigir de l'obligat el reembossament.

- **Prohibició de competència.**

- Excepte pacte en contra, l'arrendatari i l'usufructuari no poden desenvolupar per si o per persona interposada, durant el temps que dure l'arrendament o l'usdefruit, sense consentiment de l'arrendador o del nu propietari, una activitat que, pel seu objecte, localització i altres circumstàncies dificulti la conservació de la integritat del valor de l'empresa transmesa.
- Així mateix l'arrendador i el nu propietari estan obligats, durant la vigència de la relació jurídica, a no fer competència a l'arrendatari o usufructuari.

- **Extinció de l'arrendament o l'usdefruit.**

- L'arrendatari i l'usufructuari estan obligats a restituir l'empresa en funcionament a l'extinció de l'arrendament o de l'usdefruit.
- L'arrendatari i l'usufructuari poden tenir dret a una compensació econòmica quan, per la seua actuació, l'empresa haja incrementat substancialment el seu valor.
- L'arrendatari i l'usufructuari han d'indemnitzar a l'arrendador o nu propietari per la deterioració del valor de l'empresa a causa de la seua actuació negligent.
- Amb caràcter general, quan l'explotació de l'empresa es veja greument deteriorada, l'arrendador pot resoldre el contracte d'arrendament i el nu propietari rescatar l'empresa, sempre que l'arrendatari o l'usufructuari no hagen sigut declarats en concurs de creditors.

• **Arrendament d'empresa hotelera i clàusula *rebus sic stantibus***

- En matèria d'arrendament hoteler la STS de 15 de gener de 2019 es pronuncia sobre la no aplicació de la clàusula *rebus sic stantibus*, després de la realització per part de la cadena hotelera d'una reducció unilateral de l'import de les rendes amb motiu de la crisi econòmica. Es tracta d'una posició consolidada actualment, després que a partir del 2013 algunes sentències del TS estimaren la seua aplicació en aquest àmbit.
- El TS, després d'examinar els motius pels quals no aplica la doctrina sobre la clàusula *rebus sic stantibus*, declara que la sentència recorreguda, per la qual es rebutja la pretensió de rebaixa del preu pactat, no és contrària al criteri legal que es desprèn de l'art. 1575 CC, que en la regla que permet la rebaixa de la renda en l'arrendament de béns productius que no deriven de riscos del mateix negoci, exigeix a més que la pèrdua de rendiments s'origina per casos fortuïts extraordinaris i imprevistos, cosa que per la seua mateixa raresa no hauria pogut ser prevista per les parts, i que la pèrdua de fruits siga de més de la meitat dels fruits.
- En el cas no concorre cap d'aquestes circumstàncies. La disminució de les rendes procedeix d'una evolució del mercat, les parts van preveure la possibilitat que en alguns exercicis la rendibilitat de l'hotel no fora positiva per a l'arrendatària i les pèrdues al·legades per NH en l'explotació de l'hotel d'Almeria són inferiors al cinquanta per cent, sense comptar que el resultat global del conjunt de la seua activitat com a gestora d'una cadena d'hotels és, segons considera provat l'Audiència a la vista de l'informe de gestió consolidat, favorable.

- **L'arrendament d'empresa en la jurisprudència**
- En el contracte d'arrendament d'empresa s'opera la cessió temporal d'una empresa o indústria per preu cert i temps determinat, a fi que l'arrendatari l'exploti durant aquest termini; l'arrendador manté la propietat del fons de comerç i l'arrendatari té el dret a una explotació autònoma de l'empresa, sempre amb el respecte a uns límits i amb obligació de conservació.
- El Tribunal Suprem ha tingut ocasió de definir el contracte. Per totes, vegeu la clàssica sentència del TS de 13 de març de 1943, en la qual s'estableix que “és lògic concloure que la relació... pot ser rectament qualificada d'arrendament d'empresa mercantil... i que el cedit va ser només l'ús temporal per preu cert i prèviament establert de l'empresa com a conjunt, sense ànim d'alienar-la definitivament ni per temps indefinit”.
 - Considera, per tant, el TS que l'objecte de l'arrendament d'empresa és un tot organitzat per a la realització d'una finalitat productiva, una organització d'activitats, béns i relacions de molt variada condició que en el seu conjunt pot ser objecte de tràfic jurídic –vegeu sentències del TS de 4 d'octubre de 1995 i 21 de febrer de 2000.

- L'arrendatari té l'obligació d'usar l'empresa segons la destinació pactada i amb la diligència d'un ordenat empresari, en la mesura en què, per virtut del contracte, i durant la seua vigència, la condició d'empresari passa a l'arrendatari i deixa d'ostentar-la l'arrendador, perquè és aquell i no aquest qui exercirà l'activitat empresarial.
 - Es produeix, en aquest sentit, una dissociació en el temps entre els subjectes, això és, una successió temporal en la titularitat de l'explotació de l'empresa.
- L'arrendatari assumeix l'obligació de restituir l'empresa en el mateix estat en què la va rebre, excepte el que s'haguera menyscabat pel temps o per causa inevitable –sentència de l'AP de Terol de 17 d'abril de 1998.
- El CC estableix una presumpció que la cosa es va entregar en perfecte estat –article 1.562 CC–, si bé es tracta d'una presumpció *iuris tantum* que admet prova en contra –sentència de l'AP d'Almeria de 8 de febrer de 1992.

- L'obligació de conservació obliga l'arrendatari a respondre de les deterioracions o pèrdues que patisca el negoci arrendat per culpa seua o dels seus empleats – articles 1.563 i 1564 CC. En aquest mateix sentit s'ha pronunciat la jurisprudència en nombroses ocasions, admetent un agreujament i exoneració de la responsabilitat –vegeu sentències del TS de 4 de novembre de 1997, 9 de novembre de 1993 i 7 de març de 1991.
- Per part seua, com a contraprestació de l'ús i gaudi de l'empresa aliena l'arrendatari és obligat a respectar l'ús per al qual es va arrendar l'empresa – vegeu, per totes, sentència del TS de 27 de febrer de 1995– i a satisfer un preu en els termes convinguts.
 - Preu que no pot ser un percentatge dels beneficis, que és la forma de remuneració que caracteritza a la parceria industrial, però sí en sistemes mixtos que combinen la renda fixa amb una participació en els rendiments empresarials.
 - La jurisprudència ha admès, també, com a contraprestació la realització per l'arrendatari de certes obres en l'empresa –sentència del TS de 3 de març de 2003.

•5. - Drets reals de garantia sobre l'empresa.

- L'empresa, com a objecte de negocis jurídics, pot ser objecte d'hipoteca o penyora. Si bé en aquestes anotacions ens referirem únicament a la hipoteca d'establiment mercantil.
- La hipoteca d'establiment mercantil és la primera i més prolixa de les modalitats d'hipoteca mobiliària regulades per la Llei d'hipoteca mobiliària i penyora sense desplaçament, de 16 de desembre de 1954 (articles 19 a 33). La norma es completa amb el Reglament de desenvolupament aprovat per Decret de 17 de juny de 1955.
- Malgrat que la doctrina ha qualificat la institució d'una autèntica relíquia, poc acceptada en el trànsit econòmic, la veritat és que pot parlar-se d'un reviscolament o reubicació de la figura en concrets sectors del trànsit econòmic.
 - Especialment el sector farmacèutic, on els alts preus d'adquisició de farmàcies porta els operadors econòmics (farmacèutics i institucions financeres) a recórrer a la hipoteca mobiliària d'establiment mercantil com a via de garantia de finançament.

- En la seua configuració mínima, l'objecte de la hipoteca mobiliària d'establiment és la base física imprescindible de l'empresa que està afecta amb vocació d'estabilitat i pertinença a l'activitat comercial i sense la qual aquesta no podria dur-se a terme.
- La hipoteca d'establiment mercantil comprendrà, necessàriament, el dret d'arrendament sobre el local i les instal·lacions fixes o permanents sempre que pertanguen al titular de l'establiment (article 20).
- Per això, el primer requisit perquè puguin ser hipotecats els establiments mercantils és estar instal·lats en local de negoci del qual el titular siga amo o arrendatari amb facultat de traspasar (article 19).
- La norma és clara en establir que si la hipoteca l'haguera constituïda el mateix propietari del local, l'adjudicatari, en cas d'execució, adquirirà, de ple dret, la qualitat d'arrendatari amb subjecció als pactes en l'escriptura d'hipoteca (article 28).
- El segon element al qual necessàriament s'estén la hipoteca són les instal·lacions fixes o permanents, sempre que pertanguen al titular de l'establiment. La norma no defineix què cal entendre per instal·lació fixa o permanent. L'article 334.3 CC, en relació amb el concepte de béns immobles, defineix la instal·lació fixa com aquella que no puga separar-se sense el trencament de la matèria o deterioració de l'objecte.

- Per altra part, la hipoteca mobiliària d'establiment mercantil també comprèn, si no s'estableix una altra cosa, el nom comercial, rètol de l'establiment, marques distintives i altres drets de propietat industrial i intel·lectual; així com les màquines, mobiliari, utensilis i altres instruments de producció i treball (article 21).
- Finalment, el contracte pot incloure, mitjançant pacte - extensió convencional- les mercaderies i matèries primeres destinades a l'explotació pròpia de l'establiment, sempre que siguin propietat de l'hipotecant i el seu preu d'adquisició estiga pagat (article 22.1).

- **Tema 4. Els contractes de col·laboració i de distribució**
- 1.- Els sistemes de distribució comercial
- 2.- El contracte de comissió
- 3.- El contracte d'agència
- 4.- El contracte de mediació o corretatge
- 5.- El contracte de subministrament i contracte estimatori
- 6.- El contracte de distribució selectiva, exclusiva i concessió
- 7.- El contracte de franquícia
- 8. Incidència del dret de la competència en la configuració contractual dels contractes de distribució

• 1.- Els sistemes de distribució comercial

- En una economia globalitzada d'intercanvi massiu de béns i serveis, el comú desenvolupament de l'activitat comercial **difícilment pot exercir-la** de manera personal un empresari.
- Al contrari, la mateixa dinàmica del mercat exigeix a l'empresari, en aquest vessant bàsic de l'activitat mercantil, la distribució de béns i serveis en el mercat, **tendeix a l'expansió** comercial i a l'accés a nous mercats com a estratègia de creixement –primer nacional i després internacional.

- En efecte, tot procés d'expansió comercial comporta opcions respecte a la manera de distribuir els productes i serveis en els nous mercats als quals es pretén accedir.
- En la seua versió més simple, l'empresari ha de decidir entre assumir l'activitat distributiva:
 - **directament** des del seu mercat, mitjançant la creació de **filials**, sucursals i/o a través d'auxiliars dependents;
 - o bé recórrer a altres **empresaris independents** perquè facen aquesta activitat. Es constitueixen, així, les **xarxes empresarials** destinades a la distribució comercial dels béns i serveis.

- Per **xarxa s'entén** un conjunt d'empresaris:
 - jurídicament independents,
 - però econòmicament vinculats i interdependents,
 - a conseqüència de compartir l'explotació d'un bé jurídic.
- Les xarxes, per tant, com a sistemes contractuals, presenten particularitats pròpies derivades de la confluència de diversos factors. Les notes comunes són:
 - la condició de contractes de llarga durada,
 - bilaterals i sinal·lagmàtics,
 - *intuitu personae* (contractes de confiança)
 - i de col·laboració,
 - en els quals el cap de xarxa, titular del bé jurídic compartit, posseeix facultats de coordinació, direcció i control respecte a l'actuació dels membres.

- El **dret de la distribució** és constituït pel conjunt de relacions a través de les quals els intermediaris professionals col·laboren de manera estable amb el productor amb vista a la difusió dels seus béns, constituint la baula entre aquell i els consumidors, o bé, entre aquell i un altre membre del canal de distribució.
- No obstant això, aquesta categoria dista de ser unívoca. En la doctrina poden distingir-se nítidament **dos plantejaments**:
 - un **concepte ampli**, que abastaria des dels contractes d'agència fins als de franquícia, incloent-hi subministrament, distribució exclusiva, selectiva i concessió;
 - i un **concepte restringit** o estricte que, excloent el contracte d'agència i de comissió, englobaria la resta de contractes.

- Per als partidaris de la concepció àmplia, l'actuació representativa dels interessos del fabricant per part del distribuïdor, no necessàriament en termes jurídics sinó econòmics, actua com a element integrador de la categoria.
 - Així, atesa la causa dels contractes de distribució, la promoció i correcta comercialització del producte obra de nexes dels interessos de les parts, sense que interès comú impliqui unitat d'interessos.
 - Això es manifesta en una certa integració, més o menys intensa segons la figura, del distribuïdor en la xarxa empresarial del fabricant.
- Per als partidaris de la concepció restringida, per part seua, la representació es dilueix en aquells contractes en els quals l'activitat distributiva es fa en nom propi i mitjançant translació del domini de les mercaderies, element que esdevé integrador de la categoria i que exclou el contracte d'agència.
 - Conclouen que l'absència de factor representatiu i l'actuació en nom propi impedeixen un tractament jurídic global dels negocis a través dels quals s'articula la distribució comercial.

•2.- El contracte de comissió

- Règim jurídic: articles 244 a 280 Codi comerç.
- La comissió mercantil **és el mandat civil**, però té per objecte un **acte o una operació de comerç** i el comitent o el comissionista és comerciant o agent mediador del comerç.
- El comissionista pot exercir la comissió contractant **en nom propi o en el del seu comitent**.
 - Quan el comissionista contracta en **nom propi** no té necessitat de declarar qui és el seu comitent, i **queda obligat d'una manera directa**, com si el negoci fora seu, amb les persones amb les quals contracte, les quals no tenen cap acció contra el comitent, ni aquest contra elles, exceptuant-ne sempre les accions que corresponguen respectivament al comitent i al comissionista entre si.
 - Però si el comissionista contracta **en nom del comitent, ho ha de manifestar**; i si el contracte és escrit, ho ha d'expressar en el contracte mateix o en l'antesignatura, i hi ha d'indicar el nom, els cognoms i el domicili d'aquest comitent.
 - El contracte i les accions que se'n deriven produeixen el seu efecte entre el comitent i la persona o les persones que contracten amb el comissionista; però aquest queda obligat respecte de les persones amb les quals haja contractat, fins que no prove la comissió, si el comitent la nega, sens perjudici de l'obligació i les accions respectives entre el comitent i el comissionista.

- En el cas que un comissionista **refuse l'encàrrec** que se li faça, està obligat a **comunicar-ho** al comitent pel mitjà més ràpid possible, i ho ha de confirmar, en tot cas, pel correu més proper al dia en què reba la comissió.
 - Així mateix, està obligat a prestar **la diligència deguda en la custòdia i la conservació** dels efectes que el comitent li haja tramès, fins que
 - aquest designi un nou comissionista, atesa la seua negativa,
 - o fins que, sense esperar una nova designació, el jutge o tribunal s'haja fet càrrec dels efectes, a sol·licitud del comissionista.
 - La manca de compliment de qualsevol d'aquestes obligacions produeix al comissionista la responsabilitat d'indemnitzar els danys i perjudicis que per aquest motiu sobrevinguen al comitent.
- Si bé **s'entén acceptada la comissió sempre que el comissionista execute alguna gestió**, en l'exercici de l'encàrrec que li haja fet el comitent, **que no es limite a la custòdia i conservació dels efectes.**

- No és obligatori exercir les comissions que exigisquen una **provisió de fons**, encara que s'hagen acceptat, mentre el comitent no pose a disposició del comissionista la suma necessària a aquest efecte.
 - Així mateix, el comissionista pot suspendre les diligències pròpies del seu encàrrec quan, havent invertit les sumes rebudes, el comitent refuse **la tramesa de nous fons** que aquell li demane.
- Pactada la bestreta de fons per a l'exercici de la comissió, el comissionista està obligat a avançar-los, excepte en el cas de suspensió de pagaments o de fallida del comitent.

- El comissionista que, sense una causa legal, **no complisca la comissió acceptada o començada**, és responsable de tots els danys que per aquest motiu sobrevinguen al comitent.
- Subscrit un contracte pel comissionista amb les formalitats de dret, el comitent ha d'acceptar totes les conseqüències de la comissió, llevat del dret de repetició contra el comissionista per faltes o omissions comeses en complir-la.
- **El comissionista** que en el compliment del seu encàrrec se sotmeta a les **instruccions rebudes** del comitent, queda exempt de tota mena de **responsabilitat** respecte a ell.

- En tot el que el comitent no haja previst i prescrit expressament, el **comissionista l'ha de consultar**, sempre que ho permeta la naturalesa del negoci.
- Però si està autoritzat per a actuar al seu arbitri, o si la consulta no és possible, **ha de fer el que dicte la prudència** i que siga més conforme a l'ús del comerç, **i tenir cura del negoci com a propi**.
- En el cas que un accident no previst faça, a parer del comissionista, **arriscada o perjudicial l'execució de les instruccions rebudes**, pot **suspendre el compliment** de la comissió i ha de comunicar al comitent, pel mitjà més ràpid possible, les causes que han motivat la seua conducta.
- El comissionista **no pot procedir en cap cas contra una disposició expressa del comitent** i és responsable de tots els danys i perjudicis que, pel fet de fer-ho, li ocasiona.
 - La mateixa responsabilitat pesa sobre el comissionista en els casos de malícia o d'abandó.

- Són a compte del comissionista els riscos del numerari que tinga en poder seu per raó de la comissió.
- El comissionista que, sense autorització expressa del comitent, concerte una operació a preus o condicions més oneroses que les operacions corrents en la plaça en la data en què haja estat feta,
 - és responsable envers el comitent del perjudici que per aquest motiu li irroque,
 - sense que li servisca d'excusa al·legar que en la mateixa època i en les mateixes circumstàncies va fer operacions pel seu compte.
- El comissionista ha d'observar el que estableixen les lleis i els reglaments respecte a la negociació que se li haja confiat, i és responsable dels resultats de la seua contravenció o omissió. Si procedeix en virtut d'ordres expressos del comitent, les responsabilitats a què done lloc han de pesar sobre ambdós.

- El comissionista **ha de comunicar sovint al comitent les notícies** que interessin el bon èxit de la negociació i li ha de participar, pel correu del mateix dia, o del següent, en què hagen tingut lloc, els contractes que haja subscrit.
- El comissionista ha d'acomplir **per si mateix els encàrrecs** que reba i **no els pot delegar sense el consentiment previ** del comitent, si no està autoritzat d'antuvi a fer la delegació;
 - però pot, sota la seua responsabilitat, fer ús dels seus dependents en aquelles operacions subalternes que, segons el costum general del comerç, se'ls confien.
- Si el comissionista fa una delegació o una substitució amb l'autorització del comitent, **ha de respondre de les gestions del substitut, si és a elecció seua la persona en qui delega**; en cas contrari, cessa la seua responsabilitat.

- El comissionista està obligat, amb relació als seus llibres, a **retre comptes** especificats i justificats de les quantitats que perceba per a la comissió, i ha de reintegrar al comitent, en el termini i la forma que aquest prescriga, el sobrant que resulte a favor seu.
 - En cas de morositat, ha d'abonar l'interès legal.
 - Són a càrrec del comitent el menyscapte i l'extraviament de fons sobrants, sempre que el comissionista haja observat les instruccions d'aquell respecte a la devolució.
- El comissionista que, havent rebut fons per a evacuar un encàrrec, els done una inversió o una **destinació diferents** de les de la comissió, ha d'abonar al comitent el capital i l'interès legal, i **és responsable**, des del dia que els va rebre, dels danys i perjudicis originats a conseqüència d'haver deixat de complir la comissió, sens perjudici de l'acció criminal que corresponga.

- El comissionista **ha de respondre dels efectes i de les mercaderies que reba**, en els termes i amb les condicions i qualitats amb què se l'informe de la remesa, **si no és que, en fer-se'n càrrec, fa constar les avaries i els deterioraments que hi haja**, comparant-ne l'estat amb el que conste en les cartes de port o de noli, o en les instruccions rebudes del comitent.
- El comissionista que tinga en poder seu mercaderies o efectes **per compte d'altri ha de respondre** de la seua conservació en l'estat en què els va rebre.
 - Aquesta responsabilitat cessa quan la destrucció o el menyscapte siguin deguts a casos fortuïts, força major, transcurs del temps o vici propi de la cosa.
 - En els casos de pèrdua parcial o total per transcurs del temps o per vici propi de la cosa, el comissionista està obligat a acreditar en forma legal el menyscapte de les mercaderies i assabentar-ne el comitent, tan bon punt ho advertisca.

- **Cap comissionista no pot comprar, ni per a ell ni per a un altre, el que el comitent li haja manat vendre, ni tampoc pot vendre el que li han encarregat comprar, sense llicència del comitent.**
 - Tampoc no pot alterar les marques dels efectes que haja comprat o venut per compte d'altri.
- **Els comissionistes no poden tenir efectes d'una mateixa espècie que pertanyen a diferents amos, sota una mateixa marca, sense distingir-los mitjançant una contramarca que n'evite la confusió i designe la propietat respectiva de cada comitent.**

- Si es produeix, en els efectes encarregats a un comissionista, alguna alteració **que en faça urgent la venda** per a salvar la part possible del seu valor i hi ha tanta pressa que **no hi ha temps d'avisar** el comitent i esperar les seues ordres,
 - el comissionista **ha d'acudir al jutge** o al tribunal competent, el qual pot autoritzar la venda amb les solemnitats i les precaucions que estime més beneficioses per al comitent.
- El comissionista **no pot**, sense autorització del comitent, **ni prestar ni vendre a espera o a terminis**, i en aquests casos el comitent li pot exigir el pagament al comptat, però ha de deixar a favor del comissionista qualsevol interès, benefici o avantatge que resulte d'aquest crèdit a termini.
- Si el comissionista, amb l'autorització deguda, ven a termini, **cal que ho indique** en el compte o en els avisos que done al comitent, al qual ha de participar els noms dels compradors; si no ho fa així, cal entendre, respecte al comitent, que les vendes han estat al comptat.

- **Si el comissionista percep sobre una venda, a més de la comissió ordinària, una comissió anomenada de garantia, són a càrrec seu els riscos de la cobrança i està obligat a satisfer al comitent el producte de la venda en els mateixos terminis pactats pel comprador.**
- Serà responsable dels perjudicis que ocasionen la seua omisió o demora, el comissionista que no verificara la cobrança dels crèdits del seu comitent en les èpoques en què van ser exigibles, llevat que acredite que va usar oportunament dels mitjans legals per a aconseguir el pagament.
- El comissionista encarregat d'una expedició d'efectes, que tinguera ordre per a assegurar-los, serà responsable, si no ho fera, dels danys que sobrevinguen a aquests, sempre que estiguera feta la provisió de fons necessària per a pagar el premi de l'assegurança, o s'haguera obligat a anticipar-los i deixara de donar avís immediat, al comitent, de la impossibilitat de contractar-lo.
 - Si l'assegurador fora declarat en concurs, el comissionista té l'obligació de concertar nou contracte d'assegurança, llevat que el comitent li haja previngut una altra cosa.

- El comissionista que en aquest concepte haja de trametre efectes a un altre punt ha de contractar el transport i complir les obligacions que s'imposen al carregador en les conduccions terrestres i marítimes.
- Si contracta el transport en nom propi, encara que ho faça per compte d'altri, queda subjecte respecte del transportista a totes les obligacions que s'imposen als carregadors en les conduccions terrestres i marítimes.
- Els efectes que es trameten en consignació s'entenen especialment obligats al pagament dels drets de comissió, els acomptes i les despeses que el comissionista haja fet per compte del seu valor i producte.
- A conseqüència d'aquesta obligació:
 - 1r. Cap comissionista no pot ser desposseït dels efectes que haja rebut en consignació, si prèviament no se li reemborsen els acomptes, les despeses i els drets de la comissió.
 - 2n. Per compte del producte dels mateixos gèneres, s'ha de pagar el comissionista amb preferència als altres creditors del comitent, tret del que disposa l'article 375.
 - Per a tenir aquesta preferència consignada és condició necessària que els efectes estiguen en poder del consignatari o del comissionista, o que estiguen a la seua disposició en dipòsit o en un magatzem públic, o que haja realitzat l'expedició consignant-la a nom seu, havent rebut el coneixement, el taló o la carta de transport signada per l'encarregat de fer-ho.

- **El comitent està obligat a abonar al comissionista el premi de comissió, llevat de pacte en contra.**
- **Si no hi ha pacte** que indique la quota, aquesta s'ha de fixar d'acord amb l'ús i la pràctica mercantil de la plaça on es complisca la comissió.
- El comitent també està obligat a satisfer al comptat al comissionista, mitjançant un compte justificat, l'import de **totes les seues despeses i desemborsaments, amb l'interès legal** des del dia en què els haja fet fins al reintegrament total.

- El comitent pot **revocar la comissió** conferida al comissionista, **en qualsevol estat del negoci**, donant-li'n notícia, però resta sempre obligat a les resultes de les gestions practicades abans d'haver-li fet saber la revocació.
- Si el comissionista mor o és inhabilitat, **es rescindeix** el contracte; **però no es rescindeix** si mor o s'inhabilita el comitent, tot i que el poden revocar els seus representants.

• **3.- El contracte d'agència**

- Pel contracte d'agència una persona natural o jurídica, denominada agent, s'obliga enfront d'una altra, denominada empresari o principal,
 - de manera continuada o estable
 - a canvi d'una remuneració,
 - a promoure actes o operacions de comerç per compte d'altri,
 - o a promoure'ls i concloure'ls per compte i en nom d'altri,
 - com a intermediari independent,
 - sense assumir, excepte pacte en contra, el risc i la ventura de tals operacions.
- **Règim jurídic**
 - La incorporació al dret espanyol del contingut normatiu de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de desembre de 1986, relativa a la coordinació dels Estats membres referent als agents comercials independents, es va fer mitjançant l'aprovació de la Llei 12/1992 de 27 de maig (BOE del 29), de contracte d'agència.

- **Contracte d'agència.**
- Pel contracte d'agència una persona natural o jurídica, denominada agent, s'obliga enfront d'una altra de manera continuada o estable a canvi d'una remuneració, a promoure actes o operacions de comerç per compte d'altri, o a promoure'ls i concloure'ls per compte i en nom d'altri, com a intermediari independent, sense assumir, excepte pacte en contra, el risc i la ventura de tals operacions.
- **Independència de l'agent.**
- No es consideraran agents els representants i viatjants de comerç dependents ni, en general, les persones que estiguen vinculades per una relació laboral, siga comuna o especial, amb l'empresari pel compte del qual actuen.
- Es presumirà que existeix dependència quan qui es dedique a promoure actes o operacions de comerç per compte d'altri, o a promoure'ls i concloure'ls per compte i en nom d'altri, no pugui organitzar la seua activitat professional ni el temps dedicat a aquesta conforme als seus propis criteris.

- **Àmbit d'aplicació de la Llei i caràcter imperatiu de les seues normes.**
- A falta de llei que els siga expressament aplicable, les diferents modalitats del contracte d'agència, siga quina siga la denominació, es regeixen pel que es disposa en la present Llei, els preceptes de la qual tenen caràcter imperatiu llevat que s'hi dispose expressament una altra cosa.
- La present Llei no serà aplicable als agents que actuen en mercats secundaris oficials o reglamentats de valors.
- **Dret a la formalització per escrit i prescripció d'accions.**
- Cada una de les parts pot exigir de l'altra, en qualsevol moment, la formalització per escrit del contracte d'agència, en el qual es faran constar les modificacions que, si s'escau, s'hi hagen introduït.
- Excepte disposició en contra de la Llei, la prescripció de les accions derivades del contracte d'agència es regirà per les regles establides en el Codi de Comerç.

- **Actuació de l'agent**
- **Exercici de l'agència**
- L'agent ha de realitzar, per si mateix o per mitjà dels seus dependents, la promoció i, si s'escau, la conclusió dels actes o operacions de comerç que se li hagen encomanat.
- L'actuació per mitjà de subagents requereix autorització expressa de l'empresari. Quan l'agent designe la persona del subagent respon de la seua gestió.
- **Conclusió d'actes i operacions de comerç en nom de l'empresari**
- L'agent està facultat per a promoure els actes o operacions objecte del contracte d'agència, però només pot concloure'ls en nom de l'empresari quan tinga atribuïda aquesta facultat.
- **Actuació per compte de diversos empresaris**
- Excepte pacte en contra, l'agent pot desenvolupar la seua activitat professional per compte de diversos empresaris. En tot cas, necessita el consentiment de l'empresari amb qui haja subscrit un contracte d'agència per a exercir pel seu propi compte o per compte d'un altre empresari una activitat professional relacionada amb béns o serveis que siguen d'igual o anàloga naturalesa i concurrents o competitius amb aquells la contractació dels quals s'haja obligat a promoure.
- **Reconeixement i depòsit dels béns venuts**
- L'agent està facultat per a exigir en l'acte del lliurament el reconeixement dels béns venuts, així com per a efectuar el depòsit judicial d'aquests béns en el cas que el tercer refusara o demorara sense causa justa el seu rebut.

• Obligacions de l'agent

- En l'exercici de la seua activitat professional, l'agent ha d'actuar lleialment i de bona fe, vetlant pels interessos de l'empresari o empresaris pel compte dels quals actue.
- En particular, l'agent ha de:
 - a) Ocupar-se amb la diligència d'un ordenat comerciant de la promoció i, si s'escau, de la conclusió dels actes o operacions que se li hagen encomanat.
 - b) Comunicar a l'empresari tota la informació de què dispose, quan siga necessària per a la bona gestió dels actes o operacions la promoció de les quals i, si s'escau, conclusió, se li haja encomanat, així com, en particular, la relativa a la solvència dels tercers amb els quals existisquen operacions pendents de conclusió o execució.
 - c) Desenvolupar la seua activitat conformement a les instruccions raonables rebudes de l'empresari, sempre que no afecten la seua independència.
 - d) Rebre en nom de l'empresari qualsevol classe de reclamacions de tercers sobre defectes o vicis de qualitat o quantitat dels béns venuts i dels serveis prestats a conseqüència de les operacions promogudes, encara que no les haguera conclòses.
 - e) Portar una comptabilitat independent dels actes o operacions relatius a cada empresari pel compte del qual actue.

• Obligacions de l'empresari

- En les seues relacions amb l'agent, l'empresari ha d'actuar lleialment i de bona fe.
- En particular, l'empresari ha de:
 - a) Posar a la disposició de l'agent, amb antelació suficient i en quantitat apropiada, els mostraris, catàlegs, tarifes i altres documents necessaris per a l'exercici de la seua activitat professional.
 - b) Procurar a l'agent totes les informacions necessàries per a l'execució del contracte d'agència i, en particular, advertir-lo, des que en tinga notícia, quan preveja que el volum dels actes o operacions serà sensiblement inferior al que l'agent haja pogut esperar.
 - c) Satisfer la remuneració pactada.
- Dins del termini de quinze dies, l'empresari ha de comunicar a l'agent l'acceptació o el rebuig de l'operació comunicada.
- Així mateix ha de comunicar a l'agent, dins del termini més breu possible, tenint en compte la naturalesa de l'operació, l'execució, execució parcial o falta d'execució d'aquesta.

- **Remuneració de l'agent**
- **Sistemes de remuneració**
- La remuneració de l'agent consisteix en una quantitat fixa, en una comissió o en una combinació dels dos sistemes anteriors.
- A falta de pacte, la retribució es fixa d'acord amb els usos de comerç del lloc on l'agent exercisca l'activitat.
- Si aquests no existiren, l'agent percebrà la retribució que fora raonable tenint en compte les circumstàncies que hagen concorregut en l'operació.
- Es reputa comissió qualsevol element de la remuneració que siga variable segons el volum o el valor dels actes o operacions promoguts, i, si s'escau, conclosos per l'agent.
- Quan l'agent siga retribuït totalment o parcialment mitjançant comissió, s'observarà el que s'estableix en els articles següents d'aquesta secció.

- **Comissió per actes o operacions conclusos durant la vigència del contracte d'agència.**
- Pels actes i les operacions que s'hagen conclòs durant la vigència del contracte d'agència, l'agent té dret a la comissió quan concórrega alguna de les circumstàncies següents:
 - a) Que l'acte o operació de comerç s'hagen conclòs a conseqüència de la intervenció professional de l'agent.
 - b) Que l'acte o operació de comerç s'hagen conclòs amb una persona respecte de la qual l'agent haja promogut i, si s'escau, conclòs amb anterioritat un acte o operació de naturalesa anàloga.
- Quan l'agent tinga l'exclusiva per a una zona geogràfica o per a un grup determinat de persones, té dret a la comissió, sempre que l'acte o operació de comerç es concloguen durant la vigència del contracte d'agència amb persona pertanyent a aquesta zona o grup, encara que l'acte o operació no hagen sigut promoguts ni conclusos per l'agent.

- **Comissió per actes o operacions conclusos amb posterioritat a l'extinció del contracte d'agència**
- Pels actes o operacions de comerç que s'hagen conclòs després de la terminació del contracte d'agència, l'agent té dret a la comissió quan hi concórrega alguna de les circumstàncies següents:
 - a) Que l'acte o operació es deguen principalment a l'activitat desenvolupada per l'agent durant la vigència del contracte, sempre que s'hagen conclòs dins dels tres mesos següents a partir de l'extinció d'aquest contracte.
 - b) Que l'empresari o l'agent hagen rebut l'encàrrec o comanda abans de l'extinció del contracte d'agència, sempre que l'agent haja tingut dret a percebre la comissió d'haver-se conclòs l'acte o operació de comerç durant la vigència del contracte.
- L'agent no té dret a la comissió pels actes o operacions conclusos durant la vigència del contracte d'agència, si aquesta comissió correspon a un agent anterior, llevat que, en atenció a les circumstàncies concurrents, fora equitatiu distribuir la comissió entre tots dos agents.

- **Meritació de la comissió**
- La comissió es reportarà en el moment en què l'empresari **haja executat o haja hagut d'executar l'acte o operació de comerç**, o aquests hagen sigut executats totalment o parcialment pel tercer.
- **Pagament de la comissió**
- La comissió es pagarà
 - **no més tard** de l'últim dia del mes següent al trimestre natural en el qual s'haja reportat,
 - **llevat que s'haja pactat** pagar-la en un termini inferior.
- **Pèrdua del dret a la comissió**
- L'agent perd el dret a la comissió si l'empresari prova que l'acte o operacions concloses per intermediació d'aquell entre aquest i el tercer no han sigut executats per circumstàncies no imputables a l'empresari. En tal cas, la comissió que haja percebut l'agent a compte de l'acte o operació pendent d'execució, ha de ser restituïda immediatament a l'empresari.
- **Reembossament de despeses**
- Excepte pacte en contra, l'agent no té dret al reembossament de les despeses que li haja originat l'exercici de la seua activitat professional.

- **Dret d'informació de l'agent.**
- L'empresari entregará a l'agent una relació de les comissions reportades per cada acte o operació, l'últim dia del mes següent al trimestre natural en què s'hagen reportat, a falta de pacte que establisca un termini inferior.
 - En la relació es consignaran els elements essencials sobre la base dels quals haja sigut calculat l'import de les comissions.
- L'agent té dret a exigir l'exhibició de la comptabilitat de l'empresari en els particulars necessaris per a verificar tot el relatiu a les comissions que li corresponguen i en la forma previnguda en el Codi de Comerç.
- Igualment, té dret que se li proporcionen les informacions de què dispose l'empresari i que siguen necessàries per a verificar la seua quantia.

- **Garantia de les operacions a càrrec de l'agent**
- El pacte per la virtut del qual l'agent assumisca el risc i ventura d'un, de diversos o de la totalitat dels actes o operacions promoguts o conclusos per compte d'un empresari, serà nul si no consta per escrit i amb expressió de la comissió a percebre.
- **Limitacions contractuals de la competència**
- Entre les estipulacions del contracte d'agència, les parts poden incloure una restricció o limitació de les activitats professionals a desenvolupar per l'agent una vegada extingit aquest contracte.
- El pacte de limitació de la competència no pot tenir una durada superior a dos anys a comptar des de l'extinció del contracte d'agència.
 - Si el contracte d'agència s'ha pactat per un temps menor, el pacte de limitació de la competència no pot tenir una durada superior a un any.
- **Requisits de validesa del pacte de limitació de la competència**
- El pacte de limitació de la competència, que ha de formalitzar-se per escrit per a la seua validesa, només pot estendre's a la zona geogràfica o a aquesta i al grup de persones confiats a l'agent i només pot afectar la classe de béns o de serveis objecte dels actes o operacions promoguts o conclusos per l'agent.

• **Extinció del contracte**

• **Durada del contracte**

- El contracte d'agència pot pactar-se per temps determinat o indefinit. Si no s'ha fixat una durada determinada, s'entén que el contracte ha sigut pactat per temps indefinit.

• **Extinció del contracte per temps determinat**

- El contracte d'agència convingut per temps determinat, s'extingirà per compliment del terme pactat.
- No obstant això, els contractes d'agència per temps determinat que continuen sent executats per totes dues parts una vegada transcorregut el termini inicialment previst, es consideraran transformats en contractes de durada indefinida.

- **Extinció del contracte d'agència per temps indefinit: el preavis**
- El contracte d'agència de durada indefinida, s'extingirà per la denúncia unilateral de qualsevol de les parts mitjançant preavis per escrit.
- El termini de preavis serà d'un mes per a cada any de vigència del contracte, amb un màxim de sis mesos. Si el contracte d'agència haguera estat vigent per temps inferior a un any, el termini de preavis serà d'un mes.
- Les parts poden pactar majors terminis de preavis, sense que el termini per al preavis de l'agent pugui ser inferior, en cap cas, a l'establert per al preavis de l'empresari.
- Excepte pacte en contrari el final del termini de preavis coincidirà amb l'últim dia del mes.
- Per a la determinació del termini de preavis dels contractes per temps determinat que s'hagen transformat per mitjà de la llei en contractes de durada indefinida, es computarà la durada que haja tingut el contracte per temps determinat; cal afegir-hi el temps transcorregut des que es va produir la transformació en contracte de durada indefinida.

- **Excepcions de les regles anteriors**

- Cada una de les parts d'un contracte d'agència pactat per temps determinat o indefinit pot donar per finalitzat el contracte en qualsevol moment, sense necessitat de preavís, en els següents casos:

- a) Quan l'altra part haja incomplert, totalment o parcialment, les obligacions legalment o contractualment establides.
- b) Quan l'altra part haja sigut declarada en concurs.

- En tals casos s'entén que el contracte finalitza a la recepció de la notificació escrita en la qual conste la voluntat de donar-lo per extingit i la causa de l'extinció.

- **Extinció per causa de mort**

- El contracte d'agència s'extingirà per mort o declaració de defunció de l'agent.

- No s'extingirà per mort o declaració de defunció de l'empresari, encara que puguin denunciar-lo els seus successors en l'empresa amb el preavís que procedisca.

- **Indemnització per clientela**
- Quan s'extingisca el contracte d'agència, siga per temps determinat o indefinit, l'agent que
 - **haja aportat** nous clients a l'empresari o **incrementat sensiblement** les operacions amb la clientela preexistent,
 - té dret a una indemnització
 - si la seua activitat anterior **pot continuar produint avantatges substancials** a l'empresari
 - **i resulta equitativament procedent** per l'existència de pactes de limitació de competència, per les comissions que perda o per les altres circumstàncies que hi concórreguen.
- La indemnització **no pot excedir**, en cap cas, de l'import mitjà anual de les remuneracions percebudes per l'agent durant els últims cinc anys o, durant tot el període de durada del contracte, si aquest fora inferior.
 - El dret a la indemnització per clientela existeix també en el cas que el contracte s'extingisca per mort o declaració de defunció de l'agent.

- El Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha establert que el sistema del procediment establert per l'article 17 de la Directiva per al càlcul de la compensació per clientela s'articula **en tres fases** (Sentència TJUE de 26 març 2009, Cas Turgay, punt 19).
 - La primera d'aquestes fases té per objecte, en primer lloc, calcular els avantatges que resulten per a l'empresari de les operacions amb els clients aportats per l'agent comercial, de conformitat amb les disposicions de l'article 17, apartat 2, lletra a), primer guió, d'aquesta Directiva.
 - La segona té per objecte verificar a continuació, d'acord amb el segon guió d'aquesta disposició, si l'import obtingut amb base en els criteris abans descrits és equitatiu, tenint en compte totes les circumstàncies pròpies del cas que es tracte i en particular les pèrdues de comissions patides per l'agent comercial.
 - Finalment, en la tercera fase, l'import de la indemnització se sotmet al límit màxim previst en l'article 17, apartat 2, lletra b) de la Directiva, que únicament s'aplica si aquest import, resultant de les dues fases de càlcul anteriors, l'excedeix.

- **Indemnització de danys i perjudicis**
- Sense perjudici de la indemnització per clientela, l'empresari que
 - **denuncie unilateralment** el contracte d'agència de durada indefinida,
 - serà obligat a indemnitzar els danys i perjudicis que, si s'escau, l'extinció anticipada haja causat a l'agent,
 - **sempre que aquesta no permeta l'amortització** de les despeses que l'agent,
 - **instruït per l'empresari**, haja efectuat per a l'execució del contracte.

- **Supòsits d'inexistència del dret a la indemnització**
- L'agent no té dret a la indemnització per clientela o de danys i perjudicis:
 - a) Quan l'empresari haja extingit el contracte per causa d'incompliment de les obligacions legalment o contractualment establides a càrrec de l'agent.
 - b) Quan l'agent haja denunciat el contracte, llevat que la denúncia tinga com a causa circumstàncies imputables a l'empresari, o es funde en l'edat, la invalidesa o la malaltia de l'agent i no puga exigir-se-li raonablement la continuïtat de les activitats.
 - c) Quan, amb el consentiment de l'empresari, l'agent haja cedit a un tercer els drets i les obligacions de què era titular en virtut del contracte d'agència.
- **Prescripció.**
- L'acció per a reclamar la indemnització per clientela o la indemnització de danys i perjudicis prescriu al cap d'un any a comptar des de l'extinció del contracte.

•4.- El contracte de mediació o corretatge.

- Pel contracte de mediació o corretatge una de les parts, denominada mediador, s'obliga, a canvi d'una remuneració, a promoure o facilitar la subscripció d'un determinat contracte entre l'altra part i un tercer, que caldrà buscar a aquest efecte.
- Es considera mediador a l'operador de mercat que posa en relació dues o més persones per a la conclusió d'un negoci jurídic, sense estar lligat a cap d'aquestes per una relació de dependència, col·laboració, agència o representació.

- **Obligacions del mediador.**

- El mediador està obligat a executar l'activitat d'intermediació necessària per a aconseguir la conclusió del negoci que li ha sigut encomanada.
- A aquest efecte, ha de desplegar la diligència deguda per a trobar a una contrapart adequada.
- També ha d'informar les parts de les circumstàncies relatives al negoci que poden influir sobre la conclusió d'aquest.

- **Retribució del mediador.**

- La retribució del mediador consisteix en una comissió que percep de totes dues parts.
- El mediador té dret a la remuneració encara que la mediació no haja donat resultat, sempre que haja desplegat una activitat i diligència normal en l'exercici de la mediació.

- **Reembossament de despeses**

- El mediador té dret a exigir a la persona que li va fer l'encàrrec el reembossament de les despeses en què haja incorregut, fins i tot si el negoci no s'ha conclòs.

- **Pluralitat de mediadors**

- Si el negoci va ser conclòs amb la intervenció de diversos mediadors, cada un d'ells té dret a la part de la retribució que li corresponga en funció de l'activitat d'intermediació desplegada.

• **5.- El contracte de subministrament i contracte estimatori**

• **El contracte de subministrament**

- Pel contracte de subministrament, el subministrador s'obliga a fer a favor del subministrat prestacions periòdiques o continuades dels béns objecte del contracte i aquell a pagar el preu.
- El contracte de subministrament té caràcter mercantil (discutit).
- El subministrador ha d'entregar béns la qualitat i els tipus dels quals siguen conformes als estipulats en el contracte, amb la freqüència o la continuïtat i en la quantitat que s'hi assenyalen.
- Quan no s'haja fixat la quantitat o el volum del subministrament o la seua periodicitat, s'entén que s'ha pactat tenint en compte les necessitats del subministrat, determinades en el moment de la formalització del contracte.
- Si els contractants determinen únicament els límits mínims i màxims per al subministrament total o per a les prestacions singulars, correspon al subministrat establir, dins d'aquests límits, el volum del que es deu.
- Quan el subministrat ostente la facultat de fixar el moment de la realització de les prestacions singulars ha de comunicar la data al subministrador amb una antelació mai inferior a set dies.

- **Pagament del preu**

- En el subministrament periòdic el preu s'abonarà en l'acte de les prestacions singulars i en proporció a cada una.
- En el subministrament continuat el preu s'abonarà, mancant pacte, d'acord amb els usos.

- **Suspensió del subministrament**

- L'incompliment pel subministrat de qualssevol obligacions que l'incumbisquen faculta el subministrador a suspendre l'execució del contracte, prèvia notificació al subministrat amb una antelació mínima de set dies.
- Vigent el contracte i complida l'obligació, el subministrador reprendrà el subministrament en termini no superior a l'indicat per al preavís.
- En qualsevol altre cas, la suspensió del subministrament obliga el subministrador, excepte força major, a indemnitzar els danys i perjudicis causats al subministrat.

- **Pacte de preferència**

- Sense perjudici de l'aplicació de les normes del dret de la competència, les parts poden establir un pacte de preferència pel qual el subministrat s'obliga a concedir preferència al subministrador en la subscripció d'un contracte de subministrament successiu amb el mateix objecte.
- Si el subministrat ha rebut altres ofertes de contracte en condicions més avantatjoses, ha de comunicar al subministrador les condicions proposades pels tercers, perquè les iguale o millore.
- El subministrador ha de manifestar al subministrat la voluntat d'exercir la preferència adaptant el contracte a les noves condicions en el terme pactat en el contracte o, en defecte d'això, en un termini de set dies. En un altre cas s'extingirà la preferència.

- **Pròrroga del contracte per temps determinat**
- Els contractes per temps determinat que continuen sent executats per totes dues parts després de transcorregut el termini inicialment previst es consideraran contractes de durada indefinida.
- **Extinció del contracte per temps indefinit.**
- El contracte es considera pactat per temps indefinit quan així s'haja convingut expressament i quan no s'haja fixat una durada determinada.
- El contracte de durada indefinida s'extingeix per la denúncia de qualsevol dels contractants notificada a l'altre amb una antelació de tres mesos. Si el contracte ha estat vigent per temps inferior a un any, el termini de preavis és d'un mes.
- Els contractants poden pactar terminis majors de preavis, sense que el termini de preavis del subministrat pugui ser inferior en cap cas a l'establert per al preavis del subministrador.
- L'incompliment per qualsevol dels contractants del que es disposa en aquest precepte en relació amb el preavis dona dret a l'altra part a exigir una indemnització pels danys i perjudicis ocasionats a conseqüència d'això.

- **Extinció del contracte per incompliment**

- L'incompliment per qualsevol dels contractants de les prestacions singulars dona dret a l'altra a declarar resolt el contracte sense necessitat de preavis si, en atenció a la seua entitat o reiteració, constitueix un incompliment essencial del contracte o disminueix la confiança en l'exactitud dels successius compliments.

- L'extinció per aquesta causa no afecta les prestacions anteriors complides.

- **Regulació subsidiària**

- En tot el no previst al contracte solen ser aplicables al contracte de subministrament les regles del contracte de compravenda.

• El contracte estimatori

- Contracte que ja existia en l'època romana. El contracte estimatori ha sigut tradicionalment utilitzat al nostre país en alguns sectors com els de la distribució de llibres i premsa, i recuperada actualment per a la distribució de nous productes fins a aconseguir la seua implantació en el mercat.
- Pel contracte estimatori una de les parts entrega determinats béns mobles materials, el valor dels quals s'estima en una quantitat certa, a un operador de mercat, que s'obliga a procurar-ne la venda en el termini fixat i, al final del termini, a pagar el preu estimat de les coses venudes i restituir les no venudes.

- **Pagament del preu**
- La part que ha rebut els béns no queda alliberada de l'obligació de pagar el preu si la restitució d'aquests en l'estat en què els va rebre esdevé impossible fins i tot per una causa que no li siga imputable.
- **Actes de disposició**
- Són vàlids els actes de disposició fets per qui ha rebut els béns, però els seus creditors no poden embargar-les o prendre-les en peça fins que no se n'haja pagat el preu.
- La part que va entregar els béns no pot disposar-ne mentre no li siguen restituits.
- **Relació amb el dret de la competència.**
- Cas Binon, assumpte 243/83, de 3 de juliol de 1985: el TJUE afirma que en el sector particular de la premsa, la fixació vertical del preu de revenda podria ser eximida en virtut de l'article 85.3 TCE –actual 101.3 TFUE–, si aquest fora l'únic mitjà per a l'editor de finançar les devolucions dels exemplars no venuts i si aquesta pràctica fora l'únic mitjà d'oferir una àmplia gamma de diaris al públic.

- **6.- El contracte de distribució selectiva, exclusiva i concessió**
- Es considera que hi ha **contracte de distribució** sempre que, amb independència de la seua denominació,
 - existisca un acord en el qual una persona física o jurídica, denominada distribuïdor,
 - s'obliga enfront d'una altra persona física o jurídica, denominada proveïdor,
 - a executar actes o operacions de comerç consistents o relacionades amb la venda de productes, serveis o la combinació de tots dos,
 - de manera continuada o estable,
 - actuant com a comerciant independent i assumint el risc i ventura de tals operacions.

- Per regla general els contractes de distribució adopten alguna de les següents modalitats:
- El contracte de **distribució exclusiva** pot incloure sols l'exclusiva de compra o l'exclusiva de venda, però el més habitual quan ens referim al contracte de distribució exclusiva és que hi haja exclusiva de compra i de venda.
 - El contracte de **compra en exclusiva**, pel qual un distribuïdor, a canvi de contraprestacions especials, s'obliga a adquirir, per a la seua comercialització, determinats béns o serveis solament al proveïdor o a altres persones als qui aquest designe.
 - El contracte de **venda en exclusiva**, pel qual el proveïdor s'obliga a vendre únicament a un distribuïdor en una zona geogràfica determinada els béns o serveis especificats en el contracte per a la seua comercialització en aquesta zona.
- El contracte de **distribució autoritzada**, pel qual el proveïdor s'obliga a subministrar al distribuïdor béns i serveis perquè aquest els comercialitze, bé directament o bé a través de la seua pròpia xarxa, com a distribuïdor oficial, en una zona geogràfica determinada.

- El contracte de **distribució selectiva**, pel qual el proveïdor s'obliga a vendre els béns o serveis objecte del contracte
 - únicament a distribuïdors seleccionats per ell
 - (els revenedors han de ser seleccionats sobre la base de criteris objectius de caràcter qualitatiu, establits de manera uniforme i que han d'estar a la disposició de tots els potencials revenedors i que no poden aplicar-se de forma discriminatòria)
 - i que no gaudeixen d'exclusivitat territorial,
 - mentre que el distribuïdor es compromet a revendre'ls a consumidors i usuaris finals,
 - respectant les instruccions pactades i prestant, si s'escau, assistència tècnica als compradors.

- El contracte de **concessió mercantil**, pel qual el distribuïdor
 - posa el seu establiment al servei d'un proveïdor per a comercialitzar,
 - en règim d'exclusivitat
 - i sota directrius i supervisió d'aquest,
 - béns i serveis en una zona geogràfica determinada.
- Hi ha autorització d'ús de signes distintius, cosa que fa que el contracte siga més complex i hi haja una major integració en la xarxa del proveïdor que amb el contracte de distribució exclusiva.

- **Problemes comuns als contractes de distribució**
- Sobre el **contingut** del contracte respecte de la política comercial de preus, l'obligació d'exclusiva de compra, les vendes actives i passives i la prohibició de competència postcontractual, vegeu el punt 8: Incidència del dret de la competència en la configuració contractual dels contractes de distribució.
- Sobre la **duració del contracte**, aquest pot ser de duració determinada o indeterminada. En els de duració indeterminada, igual que en el contracte d'agència, el desistiment unilateral requereix preavís, si bé en aquest cas la jurisprudència admet la llibertat de pacte respecte del termini del preavís: s'admeten terminis de fins a dues setmanes o un mes en contractes d'una duració efectiva de més de cinc anys. En absència de pacte la jurisprudència sol utilitzar el criteri de la Llei del contracte d'agència: un mes per any de contracte amb un màxim de sis mesos.

- **Sobre l'aplicació de la compensació per clientela als contractes de distribució**
- La jurisprudència admet la compensació per **dues vies**.
 - És possible l'**aplicació analògica** de l'article 28 LCA, però no de manera automàtica.
 - La compensació és la **liquidació d'un actiu en comú** que als contractes de distribució deriva de l'**article 1258 CC** (element natural del contracte).
- Però, en tot cas, a diferència del contracte d'agència –que té una regulació imperativa–, la jurisprudència ha admès la validesa del pacte d'exclusió, és a dir, que el contracte excloga expressament el dret del distribuïdor a la compensació.

- La jurisprudència ha fitat perfectament els pressupostos perquè siga procedent l'aplicació analògica, sense que, en cap cas, hi haja l'opció d'una aplicació mimètica o automàtica. Aquesta és la posició de l'acord adoptat pels magistrats de la Sala Primera del Tribunal Suprem, en Junta General celebrada el dia 20 de desembre de 2005 sobre l'aplicació analògica de l'article 28 LCA:
 - “No escau en termes generals l'aplicació analògica de l'art. 28 de la Llei del contracte d'agència a cap altre supòsit ni pot resultar automàtica la seua aplicació a contractes tals com concessió, distribució i similars.
 - No obstant això, els criteris que aquest article estableix resultaren aplicables quan existisca identitat de raó, això és, la creació de clientela i la seua existència, generada per qui sol·licita la indemnització, que resulte d'aprofitament per al principal, examinant-se en tot cas de qui resulta ser el client”.
- En conclusió, a la llum de la jurisprudència cal reconèixer un dret a la compensació per clientela a favor del distribuïdor en el moment de l'extinció del contracte sempre que hi concórreguen una sèrie de requisits:
 - que no hi haja pacte exprés que denegue el dret,
 - que l'extinció siga total,
 - i que es prove l'efectiva aportació de clientela, el seu potencial aprofitament pel proveïdor i que, a més, resulte potencialment equitatiu el seu reconeixement.
- Ara bé, també hi ha pronunciaments jurisprudencials que van més enllà d'aplicació analògica i deriven la compensació per clientela del mateix contracte, és a dir, de l'article 1258 CC. L'article 28 LCA servirà per a determinar les pautes de la compensació. En aquest sentit, la STS de 16 de març de 2016 assenyala que procedeix la compensació:
 - “Si el mateix contracte obliga a considerar com a 'actiu comú' la clientela creada o acrescuda gràcies a l'esforç del distribuïdor i no existeix previsió contractual sobre la seua liquidació”.
 - Hi afegeix que la hipotètica compensació que correspon en el marc d'un contracte de distribució “ha d'ajustar-se a les pautes previstes en la Llei de contracte d'agència per a la indemnització per clientela (art. 28)” -Sentència núm. 163/2016.
 - Això és, la hipotètica compensació per clientela al distribuïdor es regeix pel que es disposa en la Llei de contracte d'agència (sentència TJUE de 26 març 2009, Cas Turgay, punt 19).

• 7.- El contracte de franquícia

- L'article 2 Reial decret 201/2010 defineix l'activitat comercial en règim de franquícia com aquella que es fa "en virtut del contracte pel qual una empresa, el franquiciador, cedeix a una altra, el franquiciat, en un mercat determinat, a canvi d'una contraprestació financera directa, indirecta o ambdues, el dret a l'explotació d'una franquícia, sobre un negoci o activitat mercantil que el primer haja desenvolupat anteriorment amb prou experiència i èxit, per a comercialitzar determinats tipus de productes o serveis i que comprèn, almenys:
 - *a)* l'ús d'una denominació o rètol comú o altres drets de propietat intel·lectual o industrial i una presentació uniforme dels locals o mitjans de transport objecte del contracte;
 - *b)* la comunicació pel franquiciador al franquiciat d'uns coneixements tècnics o un saber fer, que ha de ser propi, substancial i singular; i
 - *c)* la prestació contínua pel franquiciador al franquiciat d'una assistència comercial, tècnica o totes dues durant la vigència de l'acord; tot això sense perjudici de les facultats de supervisió que puguen establir-se contractualment".

Règim jurídic de la franquícia a Espanya

- Article 62 Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç minorista i Reial decret 201/2010.
 - Obligació d'informació precontractual
- Normativa antimonopoli.
 - Reglament UE 330/2010 sobre acords verticals.
 - Directrius de la Comissió Europea 2010.
- Codi de comerç i Codi civil.
- Normativa sobre propietat industrial, principalment dret de marques i secret industrial.
- Caracterització del contracte de franquícia.
 - Com han assenyalat doctrina i jurisprudència el contracte franquícia es caracteritza per ser un contracte atípic, complex, consensual, mercantil, bilateral, sinal·lagmàtic, onerós, commutatiu, de duració i de confiança –*intuitu personae*.

Elements personals: franquiciador i franquiciat

- El **franquiciador** és **titular del model d'empresa** i, per tant, qui concedeix el dret d'exploració del model d'empresa. En un contracte de franquícia el franquiciador pot ser el titular originari del model d'empresa o un titular derivatiu del mateix (màster franquícia).
 - El contracte **de màster franquícia** és aquell pel qual una empresa, el franquiciador, atorga a l'altra, màster, en contraprestació d'una compensació financera directa, indirecta o ambdues el dret d'exploració una franquícia **amb la finalitat de concloure acords de franquícia amb tercers**, els franquiciats, conforme al sistema definit pel franquiciador, assumint el franquiciat principal el paper de franquiciador en un mercat determinat.
- Per part seua, el **franquiciat** és qui adquireix el **dret d'exploració** del model d'empresa. Aquest és sempre un empresari **independent** que actua en el seu nom i pel seu propi compte. **En cap cas no pot equiparar el franquiciat a un consumidor.**
 - Ni tan sols en el cas que el contracte se signe amb una persona que no posseeix la condició d'empresari en el moment anterior a l'estipulació d'aquest i per la raó que fora el contracte no arribara a implementar-se. En aquest sentit es va pronunciar la clàssica sentència del TJCE de 3 de juliol de 1997. En el mateix sentit, entre altres, les sentències de l'AP de Madrid de 16 d'abril de 2010, AP de Màlaga de 13 de juliol de 2005, AP de Barcelona de 21 de setembre de 2004, i AP de Saragossa de 16 de setembre de 2003 i 29 de novembre de 2002.

Obligació d'informació precontractual

- **Article 62.2 Llei 7/1996, de 15 de gener, d'Ordenació del Comerç Minorista.**
- Amb una antelació mínima de 20 dies a la signatura de qualsevol contracte o precontracte de franquícia o lliurament per part del futur franquiciat al franquiciador de qualsevol pagament,
- el franquiciador haurà d'haver entregat al futur franquiciat per escrit la informació necessària perquè pugui decidir lliurement i amb coneixement de causa la seua incorporació a la xarxa de franquícia
 - i, especialment, les dades principals d'identificació del franquiciador, descripció del sector d'activitat del negoci objecte de franquícia, contingut i característiques de la franquícia i de la seua explotació, estructura i extensió de la xarxa i elements essencials de l'acord de franquícia.
 - Reglamentàriament s'establiran les altres condicions bàsiques per a l'activitat de cessió de franquícies.

Obligació d'informació precontractual

- **Article 3 Reial decret 201/2010, de 26 de febrer**
- Amb una antelació mínima de vint dies hàbils a la signatura del contracte o precontracte de franquícia o al lliurament per part del futur franquiciat al franquiciador de qualsevol pagament, el franquiciador o franquiciat principal haurà de donar per escrit al potencial franquiciat la següent informació veraç i no enganyosa:
 - a) Dades d'identificació del franquiciador: nom o raó social, domicili i dades d'inscripció en el registre de franquiciadors (*actualment ja no existeix*), així com, quan es tracte d'una companyia mercantil, capital social recollit en l'últim balanç, amb expressió de si es troba totalment desemborsat o en quina proporció i dades d'inscripció en el Registre Mercantil, quan siga procedent.
 - Quan es tracte de franquiciadors estrangers, a més, les dades d'inscripció en els registres de franquiciadors, ha d'entregar la informació a què estiguen obligats d'acord amb les lleis del seu país o Estat d'origen. De tractar-se de franquiciat principal s'inclouran, a més, les circumstàncies anteriors respecte del seu propi franquiciador.
 - b) Acreditació de tenir concedit per a Espanya, i en vigor, el títol de propietat o llicència d'ús de la marca i signes distintius de l'entitat franquiciadora, i dels eventuais recursos judicials interposats que puguen afectar la titularitat o a l'ús de la marca, si n'hi haguera, amb expressió, en tot cas, de la durada de la llicència.
 - c) Descripció general del sector d'activitat objecte del negoci de franquícia, que abastarà les dades més importants d'aquell.
 - d) Experiència de l'empresa franquiciadora, que inclourà, entre altres dades, la data de creació de l'empresa, les principals etapes de la seua evolució i el desenvolupament de la xarxa franquiciada.
 - e) Contingut i característiques de la franquícia i de la seua explotació, que comprendrà una explicació general del sistema del negoci objecte de la franquícia, les característiques del saber-fer i de l'assistència comercial o tècnica permanent que el franquiciador subministrarà als seus franquiciats, així com una estimació de les inversions i despeses necessàries per a la posada en marxa d'un negoci tipus. En el cas que el franquiciador faça lliurament al potencial franquiciat individual de previsions de xifres de vendes o resultats d'explotació del negoci, aquestes hauran d'estar basades en experiències o estudis, que estiguen prou fonamentats.
 - f) Estructura i extensió de la xarxa a Espanya, que inclourà la forma d'organització de la xarxa de franquícia i el nombre d'establiments implantats a Espanya, distingint els explotats directament pel franquiciador dels quals operen sota el règim de cessió de franquícia, amb indicació de la població en què estan situats i el nombre de franquiciats que hagen deixat de pertànyer a la xarxa a Espanya en els dos últims anys, amb expressió de si el cessament es va produir per expiració del terme contractual o per altres causes d'extinció.
 - g) Elements essencials de l'acord de franquícia, que recollirà els drets i obligacions de les respectives parts, durada del contracte, condicions de resolució i, si escau, de renovació d'aquest, contraprestacions econòmiques, pactes d'exclusives, i limitacions a la lliure disponibilitat del franquiciat del negoci objecte de franquícia.

Obligació d'informació precontractual

- El contingut article 3 del RD 201/2010 i la seua “potencialitat” per a viciar el consentiment per error i anul·lar el contracte.
- En l'ordenament jurídic espanyol, d'acord amb l'article 1266.1 Cc, perquè l'error invalide el consentiment haurà de recaure sobre la substància de la cosa que fora objecte del contracte, o sobre aquelles condicions de la mateixa que principalment hagueren donat motiu a celebrar-ho.
- La primera conseqüència que es deriva d'aquest precepte és que no tots els errors que els contractants puguen patir comporten el mateix tractament jurídic. Existeix un “error rellevant o invalidant”, que permet a qui el pateix desvincular-se d'un contracte vàlidament subscrit per la via de l'anul·labilitat contractual –articles 1300 i següents del Cc-; enfront d'un altre error “no invalidant” que obliga a qui el pateix a assumir les conseqüències d'un contracte vàlid i que li vincula.
 - Concretant aquests requisits jurisprudencials la doctrina ha arribat a la conclusió que són dues els requisits que ha de reunir l'error per a invalidar el contracte: l’**“essencialitat”** i l’**“excusabilitat”**.
- L'aplicació d'aquests requisits a l'àmbit de les xarxes de franquícia permet obtenir una sèrie de conclusions (Sentència del Tribunal Suprem de 27 de febrer de 2012).
 - Primera: el causant de l'error del franquiciat derivat de la informació transmesa -no dolosament- en el document d'informació precontractual és el franquiciador.
 - Segona: que atès el contingut del document d'informació precontractual, aquest error pot recaure sobre l'objecte del contracte –el model d'empresa transmès pel franquiciador-, així com sobre aquelles condicions del mateix que principalment hagueren donat motiu a celebrar-ho –per exemple, les inversions a realitzar per a incorporar-se a la xarxa de franquícia-.
 - Tercera: per tant, el contracte de franquícia pot arribar ser anul·lat per vici del consentiment, ja que l'error pot posseir entitat suficient –“essencialitat”- com perquè un tercer en la mateixa situació no haguera contractat, o ho haguera fet en termes substancialment diferents.
 - I, quarta: ara bé, el contracte de franquícia no podrà anul·lar-se si el franquiciat, que al·lega l'error invalidant, ha incorregut en ell per “culpa”, o si l'error versa sobre un aspecte respecte al qual ell havia “assumit el risc” d'error o sobre el que li “corresponia suportar-lo” –“inexcusabilitat”-.

Contingut típic del contracte

- **La importància del preàmbul** o de les declaracions (incidència de la jurisprudència sobre *disclosure* i el vici del consentiment)
- Principals **obligacions del franquiciador** (respecte als signes distintius; *know-how*; formació i assistència)
- Principals **obligacions del franquiciat** (cànon d'entrada, *royalties* i cànon de publicitat, l'explotació del model d'empresa)
- Incidència de la **normativa antimonopoli** (política de preus; aprovisionament exclusiu; vendes actives i passives; competència postcontractual; restriccions accessòries -Directrius 2010-: clàusules de no competència durant la vigència del contracte; clàusula de confidencialitat; clàusules de retorn; clàusules d'informació sobre infraccions dels drets de propietat industrial; clàusules de restriccions d'ús del *know-how* transmès).
- **Extinció del contracte** (desistiment unilateral *ad nutum* i preavís; compensació per clientela; indemnització per inversions o despeses de confiança; recompra d'estoc sobrant).
- Qüestions sobre el **fòrum** (tribunals o arbitratge).

Principals obligacions del franquiciador: signes distintius

- Respecte als signes distintius, el franquiciador deu poder **assegurar l'ús pacífic** dels signes distintius al franquiciat (*marca registrada –inclosa la sol·licitud de marca–; excepcionalment, marca amb renom*).
- La impossibilitat del franquiciador d'impedir, tant en l'àmbit territorial contractualment establert, com per a la classe de productes o serveis sobre els quals s'autoritza l'ús, la pertorbació per tercers dels signes distintius de la xarxa ha de tenir com a conseqüència **la nul·litat del contracte de franquícia per falta d'objecte**.
 - **Nota:** no es tracta ni d'un supòsit d'incompliment contractual ni d'una hipòtesi a resoldre per la via del dret de marques.
 - Així, entre altres, les sentències de l'AP de Madrid de 21 març de 2005, AP de Barcelona de 21 de setembre de 2004, AP de Saragossa de 16 de setembre de 2003, AP d'Astúries de 22 de gener de 2001, i AP de Barcelona de 10 de maig de 2000, conclouen que la falta de titularitat registral d'una marca per part del franquiciador pot suposar la nul·litat del contracte per falta d'objecte.

Principals obligacions del franquiciador: *know-how*

- El franquiciador està obligat a garantir **al franquiciat l'existència del *know-how*** en el moment d'estipulació del contracte.
- No es tracta només d'acreditar la presència d'un conjunt de coneixements pràctics no patentats, derivats de l'experiència del franquiciador i verificats per aquest, sinó que a més aquests complisquen *ab origine* els quatre requisits exigits: **ser secret, substancial, útil i identificat**. Si en el moment de la subscripció del contracte de franquícia el model d'empresa manca del *know-how* requerit, **el contracte és nul per falta d'objecte**.
 - En aquest mateix sentit s'han pronunciat tant la doctrina com els tribunals espanyols. En aquest sentit, per totes, sentències de l'AP de Saragossa de 16 de setembre 2003 i 17 de novembre de 2003, en la qual expressament es va establir que com que no s'havia fet cap prova, testifical o pericial, que revelara la consideració comercial del saber fer comercial de la franquiciadora, de les seues marques, de la seua reputació... "el contracte mancava de vertader i objecte cert i per tant estava afecte de la nul·litat que es denuncia en la demanda".
- Ara bé, **no és el mateix inexistència (nul·litat) que no transmissió (existeix, però no es transmet: incompliment)**.
 - Sentència de l'AP de Madrid de 26 de febrer de 2008, resolent sobre un contracte de franquícia el *know-how* de la qual consistia "en un sistema propi de comercialització de la prestació de servei de l'activitat d'oci i educació consistent a fer accessible el coneixement científic d'una manera fàcil i divertida per als xiquets entre 4 i 12 anys", va entendre que l'incompliment d'aquesta transmissió respecte dels xiquets de 4 i 5 anys, encara que es va complir respecte dels xiquets de 6 a 12, era "essencial, i es van frustrar les legítimes expectatives de l'altra part contractant".

Principals obligacions del franquiciador: formació i assistència

- El franquiciat només pot complir correctament amb la seua obligació principal si el franquiciador li presta la necessària **formació i assistència, tant en l'etapa inicial com durant tota la vigència del contracte.**
- Formació i assistència són dues obligacions autònomes i independents però íntimament relacionades. Funció i finalitat no són conceptes equivalents.
 - Totes dues obligacions tenen com a finalitat la comunicació dels coneixements del franquiciador, no solament de caràcter secret sinó tot coneixement necessari per a la correcta explotació del model d'empresa. En canvi, la seua funció en l'estructura i execució del contracte és diferent.
 - L'obligació de formació té per funció l'ensinistrament, preparació i entrenament del franquiciat i el seu personal en l'explotació del model d'empresa per a la finalitat contractualment acordada, és a dir, respecte a la seua obligació principal d'actuar com a franquiciador de la xarxa en el territori contractual.
 - Per part seua, l'obligació d'assistència tècnica i/o comercial té com a funció la prestació, tant periòdica com de caràcter eventual i/o *ad hoc*, d'auxili, atenció i/o assessorament al franquiciat sobre qüestions que sorgisquen o puguen sorgir en l'acompliment de les seues tasques específiques.
- Llevat que les parts contractualment hagen modificat la naturalesa de l'obligació de formació i/o assistència, el franquiciador, amb caràcter general, executa correctament aquesta prestació desenvolupant a favor del franquiciat una actuació diligent encaminada a aconseguir el resultat esperat per aquell.
 - Excepte pacte exprés, l'obligació de formació i/o assistència del franquiciador en el si d'un contracte de franquícia constitueix, per tant, **una obligació de mitjans que no de resultat.** En conseqüència, encara que entra en l'àmbit de la discrecionalitat contractual modificar expressament la naturalesa d'aquesta obligació, en absència de pacte, el franquiciador només respondrà en els casos de culpa o negligència, *ex article 1104 Cc*, com seria, **per exemple, l'error intencionat o la falta de capacitat del personal que ha de prestar al franquiciat la formació i/o assistència, respectivament.**

Principals obligacions del franquiciador: formació i assistència

- La **falta rellevant** de formació i/o assistència pel franquiciador al franquiciat comporta la **resolució del contracte** (*són accions d'incompliment, no de nul·litat*).
 - En aquest sentit es pronuncien les sentències de l'AP València de 21 de maig de 1993, AP de Màlaga de 25 de gener de 2005 i AP de Madrid de 15 d'abril de 2005 i AP de Madrid de 6 de novembre de 2007.
- Cal tenir en compte que hi ha pronunciaments judicials que resolen a partir d'indicis, que consideren acreditació suficient haver **reclamat formalment** per escrit la seua prestació al franquiciador durant la vigència del contracte; o el fet que el franquiciador **no tinga una estructura** que permeta afrontar amb garanties el correcte compliment de les obligacions de formació i assistència resulta un indicati rellevant de l'efectiu incompliment de l'obligació.
 - En aquest sentit sentències de l'AP de Saragossa de 10 d'abril de 2000 i 25 de juliol de 2000.

Cànon d'entrada

- No totes les franquícies preveuen un cànon d'entrada. El cànon d'entrada no suposa una contraprestació a un únic tipus de prestacions en tots els contractes de franquícia, sinó que és necessari determinar cada cas. **Es discuteix sobre la naturalesa jurídica** que posseeix el cànon d'entrada. Poden trobar-se diverses teories sobre aquest tema:
 - el cànon d'entrada simplement retribueix l'accés a la xarxa;
 - el cànon d'entrada, a més de l'accés, és contraprestació de l'autorització d'ús dels béns immaterials;
 - el cànon, a més de l'accés, és contraprestació de l'exclusivitat concedida, en aquells casos en els quals es concedeix;
 - i/o el cànon d'entrada, a més de l'accés, és contraprestació de tant de l'exclusivitat com de l'explotació del model d'empresa.
 - Al nostre judici, la naturalesa del cànon d'entrada no consisteix a articular un pagament avançat de cessió de drets, **excepte pacte en contrari**, sinó retribuir l'accés d'un tercer a la xarxa del franquiciador en condicions d'implementar el model d'empresa objecte del contracte segons la finalitat que contractualment es convinga.

Cànon d'entrada

- Ara bé, segons la naturalesa que les parts atribuïsquen al cànon d'entrada, les conseqüències jurídiques en cas d'extinció anticipada del contracte són d'extraordinària rellevància pràctica.
- Si no s'addicionen drets, el cànon d'entrada està amortitzat amb el correcte compliment de les obligacions inicials i, per tant, **en cas de resolució *ante tempus* no hi ha dret a la devolució.**
- En canvi, si contractualment les parts addicionen drets, com l'exclusivitat o l'explotació del model d'empresa, el cànon adquireix la **condició de pagament avançat** de cessió de drets i serveis que no es gaudiran o prestaran; **es justifica un prorrateig** de la quantitat pagada en funció del temps de vigència efectiva del contracte i, per tant, **es procedeix a la devolució** de la part proporcional pagada i no gaudida.
 - En aquest sentit, sentències de l'AP de Barcelona de 10 de juny de 2004, 12 de febrer de 2003 i 9 de setembre de 2002; AP de Terol de 24 d'octubre de 2001; AP de Madrid de 16 d'octubre de 2007 i STS d'1 de juny de 2009.

Royalties i cànon de publicitat

- Les parts són lliures de configurar la naturalesa dels cànon periodics.
- Els *royalties*, o **cànon periodics *stricto sensu***, en una relació de franquícia solen calcular-se a partir d'un percentatge sobre la xifra de vendes del franquiciat o, encara que en menor mesura, amb base al benefici obtingut per aquest. No obstant això, també hi ha solucions mixtes, això és, contractes en els quals es paga una quantitat fixa més un percentatge en la xifra de negocis.
 - Sobre la resolució del contracte de franquícia per incompliment de l'obligació de pagament dels cànon periodics, vegeu, entre altres, sentència de l'AP de València de 7 de gener de 2010 i sentència de l'AP de Tenerife de 9 d'octubre de 2009.
- En el contracte de franquícia el **cànon de publicitat** no genera en el franquiciador una obligació de gestionar aquests ingressos a manera de depòsit i, per tant, els membres de la xarxa no posseeixen, a l'estil del dipositant, una facultat de control sobre la destinació d'aquests.
 - En aquest sentit, es pronuncia la sentència de l'AP de Barcelona, de 13 de març de 2006, en la qual es va concloure que no hi havia obligació del franquiciador d'informar els membres de la xarxa sobre la destinació del cànon de publicitat.
- Ara bé, el correcte i suficient compliment de les campanyes publicitàries per part del franquiciador és una obligació fonamental d'aquest.
 - Així es pronuncia la interessant sentència de l'AP de Madrid de 30 de juliol de 2008 en un supòsit en el qual es van fer desaparèixer els anuncis publicitaris progressivament dels mitjans de comunicació, considerant el Tribunal que "que aquesta obligació sí que és essencial en aquest tipus de contractes, donada la incidència que té en les vendes les campanyes de promoció a escala nacional".

• 8. Incidència del dret de la competència en la configuració contractual dels contractes de distribució

- **Reglament UE 330/2010** sobre acords verticals i **directrius** de la Comissió Europea 2010: fixació de preus; vendes actives i passives, aprovisionament exclusiu i prohibició de competència postcontractual.
- Article 4: (**restriccions especialment greus**)
- L'exempció prevista en l'article 2 no s'aplicarà als acords verticals que, directament o indirectament, per si sols o en combinació amb altres factors sota control de les parts, tinguen per objecte:
 - a) la restricció de la facultat del comprador de determinar el preu de venda, sense perjudici que el proveïdor pugui imposar preus de venda màxims o recomanar un preu de venda, sempre que aquests no equivalguen a un preu de venda fix o mínim com a resultat de pressions o incentius procedents de qualsevol de les parts (**FIXACIÓ DE PREUS**);
 - b) la restricció del territori en el qual, o de la clientela a la qual, el comprador part de l'acord, sense perjudici d'una restricció sobre el seu lloc d'establiment, pugui vendre els béns o serveis contractuals (**VENDES PASSIVES**), excepte:
 - i) la restricció de **vendes actives** en el territori o al grup de clients reservats en exclusiva al proveïdor o assignats en exclusiva pel proveïdor a un altre comprador, quan tal prohibició no limite les vendes dels clients del comprador...

- Article 5: Restriccions excloses (**aprovisionament exclusiu**)
- 1. L'exempció prevista en l'article 2 no s'aplicarà a les següents obligacions contingudes en els acords verticals:
 - a) qualsevol clàusula, directa o indirecta, de no competència la durada de la qual siga indefinida o excedisca de cinc anys.
- A l'efecte de l'apartat 1, lletra a, una clàusula de no competència que siga tàcitament renovable a partir d'un període de cinc anys serà considerada com de durada indefinida.
- 2. No obstant el que es disposa en l'apartat 1, lletra a, aquest límit temporal de cinc anys no s'aplicarà quan els béns o serveis contractuals siguen venuts pel comprador des de locals i terrenys que siguen propietat del proveïdor o estiguen arrendats pel proveïdor a tercers no vinculats amb el comprador, sempre que la durada de la clàusula de no competència no excedisca del període d'ocupació dels locals i terrenys per part del comprador.

- Article 5: Restriccions excloses (**competència postcontractual**)
- 1. L'exempció prevista en l'article 2 no s'aplicarà a les següents obligacions contingudes en els acords verticals:
 - b) qualsevol obligació directa o indirecta que prohibisca al comprador, després de l'expiració de l'acord, fabricar, comprar, vendre o revendre béns o serveis....
- 3. Malgrat el que es disposa en l'apartat 1, lletra *b*, l'exempció prevista en l'article 2 s'aplicarà a qualsevol obligació directa o indirecta que prohibisca al comprador, després de l'expiració de l'acord, fabricar, comprar, vendre o revendre béns o serveis quan es reunisquen les següents condicions:
 - a) es referisca a béns o serveis que competisquen amb els béns o serveis contractuals;
 - b) es limite al local i els terrenys des dels quals el comprador haja operat durant el període contractual;
 - c) siga indispensable per a protegir coneixements tècnics transferits pel proveïdor al comprador;
 - d) i sempre que la durada d'aquesta clàusula de no competència es limite a un període d'un any després de l'expiració de l'acord.
- L'apartat 1, lletra *b*, s'entén sense perjudici de la possibilitat d'imposar una restricció il·limitada en el temps, relativa a l'ús i la divulgació de coneixements tècnics que no siguen de domini públic.

- **Què ocorre si en el contracte de distribució s'incorpora una clàusula que no respecta el reglament 330/2010 i no compleix els requisits de l'apartat 3r de l'article 101 TFUE o 1 LCD?**
- **NUL·LITAT**, però contractual?
 - Article 1303 CC imposa la restitució recíproca de les prestacions en cas de nul·litat.
 - STS de 15 de gener de 2010:
 - “tals conseqüències han de limitar-se, en el fet ací examinat, a la mera declaració de nul·litat per infracció d'una norma prohibitiva, conformement al que es preveu en l'article 6.3 CC”.
- **NUL·LITAT**, però total o parcial del contracte de distribució?
- Per al TS la supressió de les clàusules contràries al dret comunitari alteraria per complet l'economia del contracte i, per tant, la rellevància o essencialitat de la clàusula nul·la s'expandeix a tot el negoci i impedeix l'aplicació de la regla *utile per inutile non vitiatur*, que podria suposar una nul·litat parcial, i no total (STS de 15 d'abril de 2009).
- La doctrina del TS rebutja la nul·litat parcial dels il·límits antimonopoli en el si dels acords verticals d'acord amb dos criteris: l'essencialitat d'aquests pactes i el respecte a la voluntat de les parts.
- Aquest raonament no és adequat.
 - Cal estar a la raó (*ratio*) de la prohibició. No és el mateix en el cas de la fixació de preus que en l'acord d'exclusiva.
 - Si s'atén la raó de les prohibicions, s'observa com en fixació de preus procedeix la nul·litat parcial; mentre que en acords d'exclusiva procedeix la nul·litat total.
- Quina conseqüència té la infracció en l'àmbit privat?
 - **DANYS I PERJUDICIS**
 - Contractuals o extracontractuals?
 - Danys *per se*?
 - Directiva 2014/104/UE i articles 71 i següents LDC.
 - Sentència del Tribunal de Justícia de 20 de setembre de 2001, assumpte C-453/99, cas Courage: el distribuïdor pot demanar danys per una infracció del dret de la competència incorporat a un contracte de distribució del qual ell ha sigut part signant.

- **Tema 5. Els contractes de dipòsit i de transport**
- 1.- El contracte de dipòsit mercantil
- 2.- L'activitat empresarial de transports. Normes de dret públic i de dret privat
- 3.- Concepte, naturalesa jurídica i classes del contracte de transport terrestre
- 4.- Elements personals i reals del contracte. La carta de port
- 5.- Contingut del contracte. Obligacions de les parts. La responsabilitat del portador o transportista
- 6.- El transport terrestre de mercaderies internacional

•1.- El contracte de dipòsit mercantil

- Règim jurídic: article 303 a 310 Cc.
- Perquè el depòsit siga mercantil es requereix:
 - 1r) Que el **depositari**, almenys, siga **comerciant**.
 - 2n) Que les coses depositades siguen **objecte de comerç**.
 - 3r) Que el depòsit constituïska per si una **operació mercantil** o es faça com a causa o a conseqüència d'operacions mercantils (**la doctrina ho equipara amb el caràcter professional del dipòsit**, si bé no hi ha unanimitat).

- El depositari tindrà dret a exigir retribució pel depòsit, si no hi intervé pacte exprés en contra.
- Si les parts contractants no han fixat la quota de la retribució, es regularà segons els usos de la plaça en què el depòsit s'haguera constituït.
- El depòsit **quedarà constituït mitjançant el lliurament** al depositari de la cosa que constituïska el seu objecte.
- El depositari està **obligat a conservar la cosa** objecte del depòsit segons la reba, **i a retornar-la** amb els seus augments, si en té, quan el depositant li la demane.
- En la conservació del depòsit respondrà el depositari dels menyscapes, danys i perjudicis que les coses depositades patiren per la seua malícia o negligència i també dels que provenyen de la naturalesa o vici de les coses, si en aquests casos no va fer per part seua el necessari per a evitar-los o remeiar-los donant avís a més al depositant immediatament que es manifestaren.

- Quan els depòsits siguin de numerari, amb especificació de les monedes que els constituïsquen, o quan s'entreguen segellats o tancats, els augments o baixes que el seu valor experimente seran a compte del depositant.
- Els riscos d'aquests depòsits seran a càrrec del depositari; també són a compte del depositari els danys que patiren, si no es prova que van ocórrer per força major o cas fortuït insuperable.
- Quan els depòsits de numerari es constituïren sense especificació de monedes o sense tancar o segellar, el depositari respondrà de la seua conservació i riscos en els termes establits pel paràgraf segon de l'article 306 del Codi de comerç.
- Els depositaris de títols, valors, efectes o documents que reporten interessos queden obligats a efectuar-ne el cobrament en les èpoques dels seus venciments, com també a practicar tots els actes que calguen perquè els efectes depositats conserven el valor i els drets que els corresponguen conformement a les disposicions legals.

- Sempre que amb assentiment del depositant el depositari dispose de les coses que foren objecte de depòsit, ja per a si o els seus negocis, ja per a operacions que aquell li encomane, cessaran els drets i les obligacions propis del depositant i depositari i s'observaran les regles i disposicions aplicables al préstec mercantil, a la comissió o al contracte que en substitució del depòsit hagen subscrit.
- No obstant això, els depòsits verificats en els bancs, en els magatzems generals, en les societats de crèdit o en unes altres qualssevol companyies, es regiran, en primer lloc, pels estatuts d'aquestes; en segon, per les prescripcions d'aquest Codi, i últimament, per les regles del dret comú, que són aplicables a tots els depòsits.

- **2.- L'activitat empresarial de transports. Normes de dret públic i de dret privat**
- **3.- Concepte, naturalesa jurídica i classes del contracte de transport terrestre**

- **Normes de dret públic**

- Llei 16/1987, de 30 de juliol, d'ordenació dels transports terrestres.
 - La Llei fa l'ordenació del transport terrestre en el seu conjunt, establint normes de general aplicació, i així, els títols preliminar i primer, s'apliquen, de manera global, a la totalitat de les maneres de transport terrestre, regulant-se en els títols successius, de manera específica, el transport per carretera i per ferrocarril.
 - S'intenta que el marc normatiu general i la direcció global del sistema de transports siga comú en tot l'Estat; això es fa compatible amb l'existència de normes diferenciades, que donen respostes diferents a necessitats territorials diferents, segons la voluntat de les diferents comunitats autònomes, i s'atribueix la gestió única del referit sistema a les entitats territorials; s'evita la superposició de diverses administracions diferents en l'àmbit regional.
 - Cal afegir, a més, que la Llei s'aplica tant al transport interurbà com a l'urbà; s'hi respecta la competència municipal, i es posa fi, d'aquesta manera, a un buit normatiu que era causa d'importants disfuncions.
 - Pel que fa als principis econòmics i socials que la presideixen, cal dir que la Llei, respectant en tot cas el sistema de mercat i el dret de llibertat d'empresa, constitucionalment reconeguts, tendeix, en tot cas, a deixar que l'empresa de transports actue en el mercat amb el major grau d'autonomia possible, i permet, alhora, una graduació d'intervencionisme administratiu, segons quines siguin les circumstàncies existents a cada moment.

- **Normes de dret privat**

- Llei 15/2009, d'11 de novembre, del contracte de transport terrestre de mercaderies.
 - Naturalesa dispositiva de la normativa, excepte expressa estipulació contrària.

- **El contracte de transport de mercaderies** és aquell pel qual el portador s'obliga enfront del carregador,
 - a canvi d'un preu,
 - a traslladar mercaderies d'un lloc a un altre
 - i posar-les a disposició de la persona designada en el contracte.

- Hi ha diverses classificacions sobre el transport. Una de les més clàssiques és la que distingeix entre:
 - transport per carretera
 - transport ferroviari
 - transport aeri
 - transport marítim
 - transport multimodal

•4.- Elements personals i reals del contracte.

La carta de port

• Subjectes:

- **Carregador** és qui contracta en nom propi l'execució d'un transport i enfront del qual el portador s'obliga a efectuar-lo.
- **Portador** és qui assumeix l'obligació d'executar el transport en nom propi amb independència que l'execute pels seus propis mitjans o en contracte l'execució amb altres subjectes.
- **Destinatari** és la persona a qui el portador ha d'entregar les mercaderies en el lloc de destinació.
- **Expedidor** és el tercer que per compte del carregador faça entrega de les mercaderies al transportista en el lloc de recepció de la mercaderia.

• Paquets i enviaments

- Es considera **un paquet** cada unitat material de càrrega diferenciada que formen les mercaderies objecte de transport, amb independència del seu volum, dimensions i contingut.
- Es considera **un enviament** o remesa la mercaderia que el carregador entregue simultàniament al portador per al seu transport i entrega a un únic destinatari, des d'un únic lloc de càrrega a un únic lloc de destinació.
 - El contracte de transport pot tenir com a objecte un sol enviament o una sèrie d'aquests.

• Documentació del contracte. Contingut de la carta de port

- Qualsevol de les parts del contracte pot exigir a l'altra que s'estenga una **carta de port** que ha d'incloure les mencions següents:
 - a) Lloc i data de l'emissió.
 - b) Nom i adreça del carregador i, si és el cas, de l'expedidor.
 - c) Nom i adreça del portador i, si és el cas, del tercer que reba les mercaderies per al seu transport.
 - d) Lloc i data de la recepció de la mercaderia pel portador.
 - e) Lloc i, si és el cas, data prevista d'entrega de la mercaderia en destí.
 - f) Nom i adreça del destinatari, així com eventualment un domicili per a rebre notificacions.
 - g) Naturalesa de les mercaderies, nombre de paquets i signes i senyals d'identificació.
 - h) Identificació del caràcter perillós de la mercaderia enviada, així com de la denominació prevista en la legislació sobre transport de mercaderies perilloses.
 - i) Quantitat de mercaderies enviades, determinada pel seu pes o expressada d'una altra manera.
 - j) Classe d'embalatge utilitzat per a condicionar els enviaments.
 - k) Preu convingut del transport, així com l'import de les despeses previsibles relacionades amb el transport.
 - l) Indicació de si el preu del transport és pagat pel carregador o pel destinatari.
 - m) Si és el cas, declaració de valor de les mercaderies o d'interès especial en l'entrega, d'acord amb el que disposa l'article 61.
 - n) Instruccions per al compliment de formalitats i tràmits administratius preceptius en relació amb la mercaderia.

- La carta de port podrà contenir qualsevol altra menció que siga convinguda per les parts en el contracte, com ara:
 - a) La referència expressa de prohibició de transbord.
 - b) Les despeses que el remitent pren a càrrec seu.
 - c) La suma del reembossament a percebre en el moment de l'entrega de la mercaderia.
 - d) El valor declarat de la mercaderia i la suma que representa l'interès especial en l'entrega.
 - e) Instruccions del remitent al transportista concernents a l'assegurança de les mercaderies.
 - f) El termini convingut en el qual el transport ha de ser efectuat.
 - g) La llista de documents entregats al transportista.

- Cal emetre **una carta de port per a cada enviament**.
 - Quan l'enviament es distribuïska **en diversos vehicles**, el portador o el carregador pot exigir l'emissió d'una carta de port per cada vehicle.
- Si és el cas, la carta de port ha de contenir qualsevol altra menció que exigisca la legislació especial aplicable, per raó de la naturalesa de la mercaderia o per altres circumstàncies.
- Quan la part contractant requerida a formalitzar la carta de port **s'hi negue**, l'altra pot considerar-la **desistida del contracte**, amb els efectes que, si és el cas, corresponguen.
- El **carregador i el portador respondran** de les despeses i perjudicis que es deriven de la inexactitud o insuficiència de les dades que els corresponga incloure en la carta de port.

- **Emissió i nombre d'exemplars de la carta de port**
- La carta de port s'emet en **tres exemplars originals**, que firmen el carregador i el portador.
 - És vàlida la firma de la carta de port per mitjans mecànics, per mitjà d'estampació d'un segell, o per qualsevol altre mitjà que resulte adequat, sempre que quede acreditada la identitat del firmant.
- El primer exemplar de la carta de port serà entregat **al carregador**,
 - el segon **viatjarà amb les mercaderies** transportades
 - i el tercer quedarà **en poder del portador**.
- **Documentació de l'entrega en destinació.**
- El **destinatari pot exigir** que la mercaderia li siga entregada **junt amb el segon exemplar** de la carta de port.
- El **portador pot exigir al destinatari** que li estenga en el seu exemplar de la carta de port, o en document separat firmat per ambdós, **un rebut** sobre les mercaderies entregades.

- **Irregularitat o inexistència de la carta de port.**
- L'absència o irregularitat de la carta de port **no produirà la inexistència o la nul·litat del contracte.**
- L'omissió d'alguna de les mencions legalment exigides **no privarà d'eficàcia la carta de port** quant a les incloses.
- **Força probatòria de la carta de port.**
- La carta de port firmada per ambdues parts donarà fe de la conclusió i del contingut del contracte, així com de la recepció de les mercaderies pel portador, excepte prova en contra.
- En absència d'anotació en la carta de port, o en document separat firmat pel portador i el carregador o expedidor, de les reserves prou motivades del portador, es presumirà que les mercaderies i el seu embalatge estan en l'estat descrit en la carta de port i amb els signes i senyals que s'hi indiquen.

• 5.- Contingut del contracte. Obligacions de les parts. La responsabilitat del portador o transportista

• Idoneïtat del vehicle

- El portador ha d'utilitzar un vehicle que siga adequat per al tipus i circumstàncies del transport que haja de realitzar, d'acord amb la informació que li subministre el carregador.

• Posada a disposició del vehicle

- El portador ha de posar el vehicle a disposició del carregador en el lloc i temps pactats.
- Si no es pacta res respecte a l'hora, el portador complirà la seua obligació posant el vehicle a disposició del carregador amb prou antelació perquè puga ser carregat el dia assenyalat.
- Si es tracta d'un contracte de transport de mercaderies per carretera, i no s'ha pactat cap termini, el transportista complirà la seua obligació posant a disposició el vehicle per a la seua càrrega **abans de les divuit hores del dia assenyalat**.
- Si hi ha pacte exprés previ entre les parts sobre el dia i l'hora o hora límit per a la posada a disposició del vehicle **i el portador no compleix el dit termini**, el carregador **pot desistir** de l'expedició de què es tracte i buscar immediatament un altre portador.
- Quan el carregador haja patit perjudicis a conseqüència de la demora, i aquesta siga imputable al portador, **pot a més exigir la indemnització** que corresponga.

- **Entrega de les mercaderies al portador**

- El carregador ha de lliurar les mercaderies al portador en el lloc i en el temps pactats.
- En cas d'incompliment, el carregador l'indemnitzarà en quantia equivalent al preu del transport previst, **o bé li oferirà** l'execució d'un transport de característiques semblants que estiga immediatament disponible.
- Si el carregador només entrega al portador una part de les mercaderies, **ha d'abonar-li**, sense perjudici del pagament del preu del transport d'aquesta part, una indemnització igual al preu del transport de la mercaderia no entregada, o bé oferir-li la immediata execució d'un altre transport de característiques semblants a l'inicialment convingut.

- **Subjectes obligats a fer la càrrega i descàrrega**
- Les operacions de càrrega de les mercaderies a bord dels vehicles, així com les de descàrrega d'aquests, **seran a compte, respectivament, del carregador i del destinatari, llevat que expressament siguin assumides aquestes operacions pel portador** abans de l'efectiva presentació del vehicle per a la seua càrrega o descàrrega.
 - El mateix règim és aplicable respecte de l'estiba i desestiba de les mercaderies.
- El carregador i el destinatari suportaran les conseqüències dels danys derivats de les operacions que els corresponga executar de conformitat amb el que s'ha indicat.
- No obstant això, el portador respondrà dels danys patits per les mercaderies deguts a una estiba inadequada quan aquesta operació l'haja duta a terme el carregador seguint les instruccions del portador.

- No obstant això, **en els serveis de paqueteria i qualssevol altres semblants que impliquen la recollida o repartiment d'enviaments de mercaderies consistents en un reduït nombre de paquets que puguin ser fàcilment manipulats per una persona sense una altra ajuda que les màquines o ferramentes que porte a bord el vehicle utilitzat, les operacions de càrrega i descàrrega, llevat que es pacte una altra cosa, seran a compte del portador.**
- En aquesta classe de serveis, l'estiba i desestiba de les mercaderies correspon, en tot cas, al portador.
- El portador suportarà les conseqüències dels danys causats en les operacions que li corresponga executar.

- **Condicionament i identificació de les mercaderies**
- Llevat que s'haja pactat una altra cosa, **el carregador ha de condicionar les mercaderies** per al seu transport.
 - Els paquets que componen cada enviament **han d'estar clarament identificats i senyalitzats** per mitjà dels corresponents signes, **coincidint amb** la descripció d'aquests continguda en **la carta de port**.
- Quan la seua naturalesa o les circumstàncies del transport així ho exigisquen, les mercaderies han de ser entregades al portador convenientment preparades, embalades i, si és el cas, identificades i senyalitzades per mitjà de les oportunes marques o inscripcions que avisen del risc que la seua manipulació pugui comportar per a les persones o per a les mateixes mercaderies.
- **El carregador respon davant del portador** dels danys a persones, al material de transport o a altres mercaderies, així com de les despeses ocasionades **per defectes en l'embalatge de les mercaderies**, llevat que aquests defectes siguin manifestos o ja coneguts pel portador en el moment de fer-se càrrec de les mercaderies i no haja fet les reserves oportunes.

- **Documentació de la mercaderia.**
- El carregador ha d'adjuntar a la carta de port, o posar a disposició del portador, **la documentació relativa a la mercaderia que siga necessària per a l'execució del transport** i de tots aquells tràmits que el portador haja d'efectuar abans de procedir a l'entrega en el punt de destinació.
 - A aquest efecte, ha de subministrar-li la informació necessària sobre la mercaderia i els tràmits indicats.
- El portador no està obligat a verificar si aquests documents o aquestes informacions són exactes o suficients. El carregador és responsable davant del portador de tots els danys que poden resultar de l'absència, la insuficiència o la irregularitat d'aquests documents i aquestes informacions, excepte en cas de culpa per part del portador.
- El portador respon de les conseqüències derivades de la pèrdua o mala utilització dels esmentats documents. En tot cas, la indemnització a càrrec seu no excedirà la que correspondria en cas de pèrdua de la mercaderia.

- **Reconeixement extern**

- En el moment de fer-se càrrec de les mercaderies, **el portador n'ha de comprovar** l'estat aparent i el de l'embalatge, així com l'exactitud de les mencions de la carta de port relatives al nombre i els senyals dels paquets.
- Els defectes apreciats **seran anotats** pel portador en la carta de port, per mitjà de la formulació singularitzada de reserves prou motivades.
- El portador que no tinga mitjans adequats per a verificar la coincidència del nombre i els senyals dels paquets ho farà constar justificadament en la carta de port.

- **Custòdia i transport**

- El portador està obligat a **guardar i conservar** les mercaderies objecte de transport **des que les rep en origen fins que les entrega en destinació**, de conformitat amb el que estipulen el contracte i les disposicions de la llei.
- El portador assumeix **l'obligació de conduir** a destinació les mercaderies objecte de transport per a la seua entrega al destinatari.
- Llevat que s'haja pactat un itinerari concret, el portador ha de conduir les mercaderies per **la ruta més adequada** ateses les circumstàncies de l'operació i les característiques de les mercaderies.
- El portador també s'obliga a complir les altres prestacions complementàries o accessòries que haja assumit amb motiu o ocasió del transport, en els termes i les condicions pactats en el contracte.

- **Dret de disposició.**
- El carregador **té dret a disposar de la mercaderia**, en particular ordenant al portador **que detinga** el transport, **que torne** la mercaderia al seu origen o **que l'entregue** en un lloc o a un destinatari diferent dels indicats en la carta de port.
 - No obstant això, aquest dret de disposició correspon al destinatari quan s'haja pactat expressament així. Si el destinatari exerceix aquest dret ordenant entregar la mercaderia a una altra persona, aquesta, al seu torn, no pot designar un nou destinatari.
- L'exercici del dret de disposició **està subordinat** a les condicions següents:
 - a) El carregador o el destinatari ha de presentar al portador el primer exemplar de la carta de port, en el qual constaran les noves instruccions, i rescabalar-li de les despeses i danys que s'ocasionen per l'execució d'aquestes instruccions.
 - b) L'execució de les noves instruccions **ha de ser possible en el moment en què es comuniquen al portador**, sense dificultar l'explotació normal de la seua empresa ni perjudicar carregadors o destinataris d'altres enviaments. En cas contrari, el portador ha de comunicar immediatament **la impossibilitat** de complir aquestes instruccions a qui li les va donar.
 - c) Les instruccions **no poden** tenir com a efecte **la divisió de l'enviament**.

- El portador que **no execute les instruccions** que se li hagen donat en les condicions anteriorment assenyalades, o que les haja executades sense haver **exigit la presentació del primer exemplar** de la carta de port, ha de respondre dels perjudicis causats per aquest fet.
- El dret de disposició del carregador **s'extingeix** quan el segon exemplar de la carta de port s'entregue al destinatari o quan aquest reclame l'entrega de la mercaderia o faça ús dels drets que li corresponen en cas de pèrdua o retard en l'entrega. A partir d'aquest moment, el portador ha de sotmetre's a les instruccions del destinatari.

- **Impediments al transport**

- Si el transport de les mercaderies no pot dur-se a terme en les condicions que fixa el contracte per causes degudament justificades, el portador ho ha de comunicar al carregador i li ha de sol·licitar instruccions.
- A falta d'instruccions, el portador prendrà aquelles **mesures raonables i proporcionades** que considere adequades per al bon fi de l'operació, incloent-hi la de restituir les mercaderies al seu lloc d'origen, depositar-les en magatzem segur o conduir-les al seu punt de destinació en condicions diferents.
- Les despeses i els perjudicis derivats de la sol·licitud i execució d'instruccions o, si és el cas, de la falta d'aquestes o del retard en la seua emissió seran a compte del carregador, llevat que hi haja hagut culpa del portador.
- **Risc de pèrdua o dany de les mercaderies**
- Si, a pesar de les mesures que hagen pogut adoptar-se, les mercaderies transportades corren el risc de perdre's o de patir danys greus, el portador **ho ha de comunicar** immediatament al titular del dret de disposició i li sol·licitarà instruccions.
- La persona que haja impartit instruccions **assumirà les despeses** que es deriven de la seua sol·licitud i execució, llevat que hi haja hagut culpa del portador.
- El portador pot sol·licitar davant de l'òrgan judicial o la junta arbitral del transport competent la venda de la mercaderia sense esperar instruccions, quan així ho justifique la naturalesa o l'estat de la mercaderia. El producte de la dita venda quedarà a disposició de qui corresponga, amb la deducció prèvia del preu del transport i de les despeses ocasionades.

• **Pagament del preu del transport**

- Quan no s'haja pactat res expressament, s'entendrà que l'obligació del pagament del preu del transport i la resta de despeses **corresponen al carregador**.
- Quan s'haja pactat el pagament del preu del transport i les despeses pel destinatari, aquest assumirà la dita obligació quan accepta les mercaderies. No obstant això, **el carregador respon subsidiàriament** en cas que el destinatari no pague.
- Quan no s'haja pactat una altra cosa, el preu del transport i les despeses exigibles en virtut d'una operació de transport han de ser abonats **una vegada complida l'obligació de transportar i posades les mercaderies a disposició del destinatari**.
 - En cas d'execució parcial del transport, el portador només podrà exigir el pagament del preu i les despeses en proporció a la part executada, sempre que aquesta reporte algun benefici per al deutor.
 - No obstant això, el portador conservarà el seu dret al cobrament íntegre quan la inexecució siga per causes imputables al carregador o al destinatari.
- Si no hi ha pacte entre les parts sobre la fixació del preu del transport, **el preu del transport serà el que resulte usual** per al tipus de servei de què es tracte en el moment i el lloc en què el portador haja de rebre les mercaderies. **En cap cas no se suposarà que el transport és gratuït.**

- **Alienació de les mercaderies per impagament del preu del transport**
- Si, arribades les mercaderies a destinació, l'obligat no paga el preu o altres despeses ocasionades pel transport, el portador pot negar-se a entregar les mercaderies llevat que se li garantisca el pagament per mitjà de caució suficient.
- Quan el portador retenga les mercaderies, ha de sol·licitar a l'òrgan judicial o a la junta arbitral del transport competent el depòsit d'aquelles i l'alienació de les necessàries per a cobrir el preu del transport i les despeses causades, en el termini màxim de deu dies des que es va produir l'impagament.
- **Demora en el pagament del preu**
- En tot cas, l'obligat al pagament del transport **incorrerà en mora en el termini de trenta dies**, en els termes que preveu la Llei 3/2004, de 29 de desembre, per la qual s'estableixen mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials.
- Quan la data de recepció de la factura o la sol·licitud de pagament equivalent es preste a dubte, així com en tots els casos d'autofacturació per part de l'obligat al pagament, els trenta dies anteriorment assenyalats es computaran **des de la data d'entrega de les mercaderies en destinació**.
- El pacte en contra **es considerarà nul** en tots aquells casos en què tinga un contingut abusiu en perjudici del portador, d'acord amb les regles que, a aquest efecte, assenyala l'article 9 de la Llei 3/2004.
- Així mateix, no tindrà efecte el pacte en contra quan es continga en unes condicions generals respecte de les quals la part que no les ha proposades només pot mostrar la seua acceptació o rebuig global.

• Responsabilitat del portador

- **Caràcter imperatiu**
- Les disposicions previstes en la llei respecte a la responsabilitat del portador **tenen caràcter imperatiu**.
- Les clàusules contractuals que pretenen reduir o minorar el règim de responsabilitat del portador previst en la llei, seran ineficaces i es tindran per no posades.
- **Supòsits de responsabilitat**
- El portador respon de la pèrdua total o parcial de les mercaderies, així com de les avaries que patisquen, des del moment de la recepció per al transport fins al de l'entrega en la destinació.
- Així mateix, el portador respon dels danys derivats del retard en l'execució del transport, d'acord amb el que preveu aquesta llei.
- Amb aquest fi, es consideren també mercaderies els contenidors, plataformes de càrrega o altres mitjans semblants d'agrupació de mercaderies utilitzats en el transport quan hagen sigut aportats pel carregador.
- A falta de regulació específica, l'incompliment pel portador d'altres obligacions derivades del contracte de transport **es regirà per les normes generals de la responsabilitat contractual**.
- El portador respon dels actes i omissions dels auxiliars, dependents o independents, al servei dels quals recorre per al compliment de les seues obligacions.
- Els administradors de la infraestructura ferroviària sobre la qual s'executa el transport es consideraran, a aquests efectes, auxiliars del portador.

• Causes d'exoneració

- El portador **no respondrà** si prova que la pèrdua, l'avaria o el retard han sigut ocasionats per culpa del carregador o del destinatari, per una instrucció d'aquests no motivada, per una acció negligent del portador, per vici propi de les mercaderies o per circumstàncies que el portador no ha pogut evitar i les conseqüències del qual no ha pogut impedir.
- En cap cas no pot al·legar com a causa d'exoneració els defectes dels vehicles emprats per al transport.
- Quan el dany siga degut simultàniament a una causa que exonera de responsabilitat el portador i a una altra causa de la qual ha de respondre, només respondrà en la mesura que aquesta última haja contribuït a la producció del dany.

• Presumpcions d'exoneració

- El portador **quedarà exonerat de responsabilitat** quan prove que, ateses les circumstàncies del cas concret, la pèrdua o avaria ha pogut resultar versemblantment d'algun dels riscos següents:
 - a) Ocupació de vehicles oberts i no envelats, quan aquesta ocupació ha sigut convinguda o d'acord amb el costum.
 - b) Absència o deficiència en l'embalatge de mercaderies, a causa de les quals aquestes queden exposades, per la seua naturalesa, a pèrdues o danys.
 - c) Manipulació, càrrega, estiba, desestiba o descàrrega executades, respectivament, pel carregador o pel destinatari, o persones que actuen per compte de l'un o de l'altre.
 - d) Naturalesa de certes mercaderies exposades per causes inherents a aquesta a una pèrdua total o parcial o a avaries, degudes especialment a ruptura, floridura, rovell, deteriorament intern i espontani, minva, vessament, dessecació o acció de l'arna i rosegadors.
 - e) Deficient identificació o senyalització dels paquets.
 - f) Transport d'animals vius en les condicions previstes en la llei.
- No obstant això, el legitimat per a reclamar pot provar que el dany no va ser causat, en tot o en part, per cap d'aquests riscos.
- Quan resulte provat que el dany ha sigut parcialment causat per una circumstància imputable al portador, aquest només en respondrà en la mesura que la dita circumstància haja contribuït a la producció del dany.

- **Indemnització per pèrdues**

- En cas de pèrdua total o parcial de les mercaderies, la quantia de la indemnització serà determinada pel valor de les no entregades, prenent com a base el valor que tinguen en el moment i lloc en què el portador les va rebre per al transport.

- **Indemnització per avaries**

- En cas d'avaries, el portador estarà obligat a indemnitzar la pèrdua de valor que experimenten les mercaderies.

- La indemnització equival a la diferència entre el valor de les mercaderies en el moment i el lloc en què el portador les va rebre per al seu transport i el valor que aquestes mateixes mercaderies haurien tingut amb les avaries en idèntic temps i lloc.

- Quan les avaries afecten la totalitat de les mercaderies transportades, la indemnització no pot excedir la deguda en cas de pèrdua total.

- Quan les avaries ocasionen la depreciació de tan sols una part de les mercaderies transportades, la indemnització no pot excedir la quantitat que correspon en cas de pèrdua de la part depreciada.

- **Supòsits d'equiparació a pèrdua total**

- El destinatari pot refusar fer-se càrrec de les mercaderies quan li siga entregada tan sols una part les que componen l'enviament i prove que no pot usar-les sense les no entregades.
- Idèntic dret assisteix el destinatari en els casos d'avaries, quan aquestes facen que les mercaderies resulten inútils per a la seua venda o consum, atesa la naturalesa i l'ús corrent dels objectes de què es tracte.
- També poden considerar-se perdudes les mercaderies quan hagen transcorregut vint dies des de la data convinguda per a l'entrega sense que aquesta s'haja efectuat; o, a falta de termini, quan hagen transcorregut trenta dies des que el portador es va fer càrrec de les mercaderies.

- **Valor de les mercaderies**

- El valor de les mercaderies es determina atenent el preu de mercat o, si no n'hi ha, el valor de mercaderies de la mateixa naturalesa i qualitat.
- En el cas que les mercaderies hagen sigut venudes immediatament abans del transport, es presumirà, llevat que es pacte en contra, que el valor de mercat és el preu que apareix en la factura de venda, deduïts el preu i els altres costos del transport que, si és el cas, figuren en la dita factura.

- **Indemnització per retard**

- En cas de retard, s'indemnitzarà el perjudici que es prove que ha ocasionat el dit retard.

- **Límits de la indemnització**

- La indemnització per pèrdua o avaria **no pot excedir** un terç de l'indicador públic de renda d'efectes múltiples/dia per cada quilogram de pes brut de mercaderia perduda o avariada.
- La indemnització pels perjudis derivats pel retard **no excedirà** el preu del transport.
- En cas de concurrència d'indemnitzacions per diversos d'aquests conceptes, l'import total a satisfer pel portador **no superarà** la suma deguda en cas de pèrdua total de les mercaderies.

- **Prescripció d'accions**
- Les normes sobre prescripció d'accions en matèria de transport tenen **caràcter imperatiu**.
- Les accions a què puga donar lloc el transport regulat en la llei **prescriuran en el termini d'un any**.
 - No obstant això, en el cas que aquestes accions es deriven d'una actuació dolosa o amb una infracció conscient i voluntària del deure jurídic assumit que produïska danys que, sense ser directament volguts, siguen conseqüència necessària de l'acció, el termini de prescripció serà de dos anys.
- El termini de prescripció **començarà a comptar-se**:
 - a) En les accions d'indemnització per pèrdua parcial o avaria en les mercaderies o per retard, des de l'entrega al destinatari.
 - b) En les accions d'indemnització per pèrdua total de les mercaderies, a partir dels vint dies de l'expiració del termini d'entrega convingut o, si no s'ha pactat termini d'entrega, a partir dels trenta dies del moment en què el portador es va fer càrrec de la mercaderia.
 - c) En tots els altres casos, incloent-hi la reclamació del preu del transport, de la indemnització per paralitzacions o derivada de l'entrega contra reembossament i d'altres despeses del transport, transcorreguts tres mesos a partir de la subscripció del contracte de transport o des del dia en què l'acció puga exercir-se, si és posterior.

- La prescripció de les accions sorgides del contracte de transport **s'interromprà** per les causes assenyalades amb caràcter general per als contractes mercantils.
- Sense perjudici d'això, **la reclamació per escrit suspendrà** l'esmentada prescripció, **i el seu còmput es reprendrà** només a partir del moment en què el reclamat **rebutge la reclamació** per escrit i torne els documents que, si és el cas, van acompanyar la reclamació.
 - Una reclamació posterior que tinga el mateix objecte **no suspendrà novament la prescripció**.
 - En cas d'acceptació parcial de la reclamació, la prescripció es reprendrà respecte de la part que encara estiga en litigi.
- La prova de la recepció de la reclamació o de la contestació i devolució dels documents justificatius correspon a la part que la invoque.
- **Entre portadors**, la prescripció de les accions de tornada començarà a comptar-se a partir del dia en què s'haja dictat una sentència o laude arbitral ferm que fixe la indemnització a pagar segons el que disposa aquesta llei, i si no s'ha produït aquesta sentència, a partir del dia en què el portador reclamant va efectuar el pagament.

•6.- El transport terrestre de mercaderies internacional

- Règim jurídic: “Conveni referent al contracte de transport internacional de mercaderies per carretera”, fet a Ginebra el 19 de maig de 1956, comunament conegut com la **Convenció CMR**.
- L'article 1 del Conveni ens diu que:
 - "s'aplicarà a tot contracte de transport de mercaderies per carretera realitzat a títol onerós per mitjà de vehicles, sempre que el lloc de la presa de la càrrega de la mercaderia i el lloc previst per al lliurament, indicats en el contracte, estiguen situats en dos països diferents, un dels quals almenys siga un país contractant, independentment del domicili i la nacionalitat de les parts del contracte".
- Com en la normativa nacional, el CMR regula el règim jurídic del transportista i els seus col·laboradors, la responsabilitat del portador, les causes d'exoneració de responsabilitat i la prescripció.

- **PRACTIQUES**

- **BLOC 1**

Cas 1

- La societat mercantil PANSA, domiciliada a França, es dedica a la fabricació de peces per a vehicles automòbils. La societat mercantil PANSA està negociant un contracte de distribució per a deu anys amb DVSL, domiciliada a Alberic (València). En l'esborrany de contracte que li ha remès hi ha una sèrie de clàusules que han generat algun dubte a DVSL.
- Les clàusules contractuals que incorpora l'esborrany de contracte entregat, **i sobre les quals heu d'informar redactant la vostra opinió legal**, tenint en compte que la quota de mercat de PANSA a Europa és del 23%, són:
 - 1) “El distribuïdor (DVSL) es compromet a adquirir les peces objecte del contracte actual únicament i exclusivament del proveïdor (PANSA) durant la vigència del contracte actual”.
 - 2) “El distribuïdor (DVSL) s'obliga a no fer publicitat fora del territori contractual (Espanya) i a no vendre peces a clients domiciliats fora del territori (Espanya)”.
 - 3) “El distribuïdor ha de respectar la política de preus de revenda definida pel proveïdor, que anualment actualitzarà el proveïdor. Especialment, la política de preus mínims i preus màxims que s'indiquen. Dins d'aquests marges el distribuïdor és lliure de fixar el preu de revenda del producte que estime oportú”.

Cas 2

- La societat mercantil XX, domiciliada a Madrid, es dedica a la fabricació de mobles. La societat distribueix els seus mobles a la Comunitat Valenciana a través de la mercantil BB domiciliada a Alberic (València). No hi ha un contracte regularment formalitzat entre les societats XX i BB, sinó tan sols un encreuament de cartes que al final conclou amb la següent remesa per XX:
 - “Per la present, us comuniquem que a partir de l’1 de gener de 2010 assumireu la representació dels nostres interessos enfront dels nostres clients a la Comunitat Valenciana. En virtut d’aquest acord percebreu una comissió del 5% per l’import global de les vendes efectuades”.
- Durant els anys següents la societat BB s’ha encarregat de la labor assignada. En els últims cinc anys el volum de negoci de la societat XX a la Comunitat Valenciana ha augmentat considerablement. L’increment en la facturació obeeix a un augment de les operacions celebrades amb els clients anteriors de la societat XX, més que a la captació de nous clients. De fet, el nombre total de clients ha disminuït un 8% des que la societat BB representa a la societat XX a la Comunitat Valenciana.
- El 30 de juliol la societat XX va enviar una carta a la societat BBA en la qual es conclou que:
 - “Per la present us comuniquem que deixareu de representar els nostres interessos comercials a partir del 31 de desembre”.
- Des d’aquesta comunicació en les oficines de la societat XX es reben les següents comandes o encàrrecs des de la Comunitat Valenciana:
- A- El 2 d’agost de 2017 es rep una comanda important gestionada directament per la societat BB. El contracte se signa el 30 de novembre, però els mobles no es fabriquen ni s’entreguen fins al 15 de març de 2018.
- B- El 25 de març 2018 XX rep un encàrrec important d’un client de la Comunitat Valenciana amb el qual BB havia tingut una magnífica relació comercial vigent el contracte. El contracte se signa el 8 de juliol de 2018.

Preguntes:

- Quin tipus de contracte tenien XX i BB?
- De les operacions A i B, procedeix el dret de BB a cobrar comissió? Justifiqueu la resposta.
- De l’operació A, si la comissió fora procedent, determineu el moment en què s’esdevé el dret a cobrar i el moment en què el pagament de la comissió és exigible.
- S’extingeix correctament el contracte? Justifiqueu la resposta.
- La societat XX, extingit el contracte, es nega a pagar cap compensació per l’augment de facturació realitzat per la societat BB durant la vigència del contracte:
 - Té dret la societat BB a alguna compensació per l’extinció del contracte? Justifiqueu la resposta.
 - Si es donaren els requisits per a admetre alguna compensació, seria possible contractualment preveure un pacte pel qual BB renunciés lliurement i amb coneixement de causa a una hipotètica compensació després de l’extinció del contracte? La resposta seria la mateixa si es tractara d’un distribuïdor exclusiu? Justifiqueu les respostes.

Cas 3

- Redacteu un contracte de franquícia relatiu al sector de la perfumeria, tractant de defensar la posició jurídica del franquiciador, i feu una breu explicació de les principals clàusules i per què les heu redactades així.