



DERECHO MERCANTIL I, TOMO I

Curso 2022-2023



domingo, 2 de julio de 2023

Lección I Introducción a la Materia
Capítulo I Contenidos de la asignatura

Lección I

Introducción a la Materia

Este trabajo por apuntesdederechoespanol.blogspot.com/ está licenciado bajo Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional. Para ver una copia de esta licencia, visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Capítulo I Contenidos de la asignatura

LECCIÓN I	INTRODUCCIÓN A LA MATERIA	II
CAPÍTULO I	CONTENIDOS DE LA ASIGNATURA	II
CAPÍTULO II	PALABRAS PREVIAS	II
LECCIÓN II	EL DERECHO MERCANTIL	V
CAPÍTULO III	CONCEPTO Y CONTENIDO	V
CAPÍTULO IV	LA HISTORICIDAD DEL DERECHO MERCANTIL	VII
CAPÍTULO V	CONSTITUCIÓN Y DM: LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	XI
CAPÍTULO VI	FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL	XIV
LECCIÓN III	LA EMPRESA	XXI
CAPÍTULO VII	CONCEPTO E INTRODUCCIÓN	XXI
CAPÍTULO VIII	LA EMPRESA COMO OBJETO DEL TRÁFICO JURÍDICO	XXIII
CAPÍTULO IX	ARRENDAMIENTO DE EMPRESA	XXIX
CAPÍTULO X	OTRAS FIGURAS CONTRACTUALES	XXXI
LECCIÓN IV	EMPRESARIOS Y SUS AUXILIARES	XXXIV
CAPÍTULO XI	EL EMPRESARIO	XXXIV
CAPÍTULO XII	LOS AUXILIARES DEL EMPRESARIO	XLII
LECCIÓN V	EL REGISTRO MERCANTIL	XLVII
CAPÍTULO XIII	CONCEPTO	XLVII
CAPÍTULO XIV	PRINCIPIOS REGISTRALES	LV
CAPÍTULO XV	LA CONTABILIDAD MERCANTIL	LVII
LECCIÓN VI	PROPIEDAD INDUSTRIAL	LXVII
CAPÍTULO XVI	PATENTES DE INVENCIÓN	LXVII
CAPÍTULO XVII	MODELOS DE UTILIDAD	LXXV
CAPÍTULO XVIII	MARCAS	LXXVI
LECCIÓN VII	DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y COMPETENCIA DESLEAL	LXXXIV
CAPÍTULO XIX	DEFENSA DE LA COMPETENCIA	LXXXIV
CAPÍTULO XX	COMPETENCIA DESLEAL	LXXXVII

Capítulo II Palabras Previas

Se hará una prueba eliminatoria antes de Semana Santa de forma que se eliminarían los temas previos, y dejando la parte de las sociedades para junio solamente, lo primero es el Tomo I mientras lo otro será el tomo II.

La prueba eliminatoria y el examen de junio serán preguntas tipo test de tres opciones que no resta ni la mal ni la blanca, pero para aprobar se necesita aprobar el 65% de estas.

Se irá subiendo los esquemas al campus paulatinamente, pero se recomienda un manual de apoyo, así como la leyes que estudiemos en el momento, el código de comercio y la ley de sociedades mercantiles.

Lección I Introducción a la Materia

Capítulo II Palabras Previas

El contenido de la asignatura se divide en dos partes estancas, u a primera en la que se ve el concepto del derecho mercantil, y las fuentes del derecho mercantil. En segundo lugar, una vez visto esto nos centraremos en la empresa como el conjunto de capital y trabajo que organiza el empresario.

Además, tras esto veremos los negocios jurídicos que se pueden hacer con las empresas como son la venta de empresa, el alquiler de empresa y el usufructo.

Luego veremos la figura del empresario, centrándonos en las sociedades de capital, sabiendo tanto las colectivas y personalísticas con más detalle.

Tras esto analizaremos el estatuto del empresario, como es el deber de la contabilidad (ordenada y adecuada a su actividad comercial); una vez analizado esto, se mirará la propiedad industrial como son patentes y marcas.

Con todo esto visto se analizará el derecho de defensa de la competencia, siendo estos los contenidos de la primera parte de la asignatura.

Capítulo II A. Resumen del documento

Derecho Mercantil I, Tomo I, del curso 2022-2023. Se divide en dos partes: la primera parte trata sobre el concepto del derecho mercantil y las fuentes del derecho mercantil. La segunda parte se centra en la empresa como el conjunto de capital y trabajo que organiza el empresario. Además, se ven los negocios jurídicos que se pueden hacer con las empresas como son la venta de empresa, el alquiler de empresa y el usufructo. También se analiza la figura del empresario, centrándose en las sociedades de capital, sabiendo tanto las colectivas y personalísticas con más detalle. Tras esto se analiza el estatuto del empresario, como es el deber de la contabilidad (ordenada y adecuada a su actividad comercial); una vez analizado esto, se mira la propiedad industrial como son patentes y marcas. Con todo esto visto se analiza el derecho de defensa de la competencia, siendo estos los contenidos de la primera parte de la asignatura.

Lección I: Introducción a la Materia El contenido de la asignatura se divide en dos partes estancas, la primera en la que se ve el concepto del derecho mercantil, y las fuentes del derecho mercantil.

Lección II: El derecho mercantil El derecho mercantil es una parte del ordenamiento jurídico, pero se da que cualquier división del ordenación en ramas es algo artificial, dado que las distintas ramas del ordenamiento se encuentran entrelazados, el derecho mercantil tiene por tanto influencias constitucionales, por motivo a que las distintas ramas del ordenamiento se encuentran relacionadas, pero aun así eso se hace con fines pedagógicos, como bien debemos recordar el derecho se divide en derecho público (constitucional, administrativo, penal) y derecho privado (civil, mercantil), en el centro del derecho público encontramos al estado como estructura de poder, dándose que el derecho que regula esto sea derecho público, mientras en el centro del derecho privado se encuentra la persona y las relaciones de esta con otras personas.

Lección III: La Empresa Se centra en la empresa como el conjunto de capital y trabajo que organiza el empresario. Además, se ven los negocios jurídicos que se pueden hacer con las empresas como son la venta de empresa, el alquiler de empresa y el usufructo.

Lección IV: Empresarios y sus Auxiliares Se analiza la figura del empresario, centrándose en las sociedades de capital, sabiendo tanto las colectivas y personalísticas con más detalle.

Lección V: El Registro Mercantil Se analiza el estatuto del empresario, como es el deber de la contabilidad (ordenada y adecuada a su actividad comercial); una vez analizado esto, se mira la propiedad industrial como son patentes y marcas.

Lección I Introducción a la Materia**Capítulo II Palabras Previas**

Lección VI: Propiedad Industrial Se mira la propiedad industrial como son patentes y marcas.

Lección VII: Defensa de la Competencia y Competencia Desleal Se analiza el derecho de defensa de la competencia, siendo estos los contenidos de la primera parte de la asignatura.

Los conceptos principales que se aprenden de este documento son el concepto del derecho mercantil, las fuentes del derecho mercantil, la empresa como el conjunto de capital y trabajo que organiza el empresario, los negocios jurídicos que se pueden hacer con las empresas como son la venta de empresa, el alquiler de empresa y el usufructo, la figura del empresario, las sociedades de capital, el estatuto del empresario, la propiedad industrial como son patentes y marcas, y el derecho de defensa de la competencia.

Lección II El derecho mercantil

Capítulo III CONCEPTO y contenido

Lección II El derecho mercantil**Capítulo III CONCEPTO y contenido**

El derecho mercantil es una parte del ordenamiento jurídico, pero se da que cualquier división del ordenamiento en ramas es algo artificial, dado que las distintas ramas del ordenamiento se encuentran entrelazados, el derecho mercantil tiene por tanto influencias constitucionales, por motivo a que las distintas ramas del ordenamiento se encuentran relacionadas, pero aun así eso se hace con fines pedagógicos, como bien debemos recordar el derecho se divide en derecho público (constitucional, administrativo, penal) y derecho privado (civil, mercantil), en el centro del derecho público encontramos al estado como estructura de poder, dándose que el derecho que regula esto sea derecho público, mientras en el centro del derecho privado se encuentra la persona y las relaciones de esta con otras personas.

Por motivo de esto se da que el derecho mercantil se encuentre en privado, pero se da que existe un tronco común que es el derecho civil, pero no se ha de perder de vista que el derecho público influye en el derecho mercantil.

Nuestra constitución lo que predispone en su artículo 38 es la economía mixta, dado que la misma establece el modelo esta influye en el mercantil; este modelo de economía mixta es consagrado por la constitución y adicionalmente consagra reglas y límites a la actividad mercantil.

Dándose que para determinadas actividades sea necesario una autorización administrativa, por lo tanto, preservando la libertad de empresa, dado que cualquiera puede montar una empresa, pero cumpliendo las reglas que establece el ordenamiento como pueden ser las autorizaciones administrativas.

Por lo tanto, aunque sea un derecho privado tenemos claro que se relaciona con el derecho público.

Pero además hemos dicho que dentro del privado existe el derecho mercantil y el civil, el nuestro es un sistema dualista por lo que se diferencia el derecho civil y el mercantil y los regula de forma independiente, por lo que en los artículos 6 y 9 dividir los dos preceptos al mencionarlos por separado.

Si distinguimos entre uno y otro hemos de conocer los criterios que nos permiten distinguir entre uno y otro, siendo que el derecho civil patrimonial es el aplicado a las relaciones de naturaleza civil, mientras que el mercantil sea a relaciones mercantiles, se da que no se puedan aplicar relaciones mercantiles

I. EL DERECHO MERCANTIL: CONCEPTO Y CONTENIDO

DM: «*Aquella parte del DPP que regula los empresarios y su estatuto, así como la actividad (externa) que éstos desarrollan a través de una empresa*»

Criterios tradicionalmente empleados para ofrecer una definición de Derecho mercantil:

- Referencia a las grandes divisiones del Derecho objetivo (Dº Público/Dº Privado): Derecho Público (centro, el Estado como estructura de poder en defensa de sus propios fines y de los intereses generales) y Derecho Privado (centro, la persona en defensa de sus propios fines y de sus intereses particulares).

Aunque el Dº Mercantil es Derecho privado (pertenece al Derecho de las personas, de los particulares) no ha de perderse de vista la incidencia del Derecho público en nuestra disciplina (la actividad empresarial se desarrolla en un determinado marco constitucional, administrativo y fiscal):

- Determina el modelo constitucional en el que el empresario desarrolla su actividad
- Establece las reglas y los límites para operar en el sector
- El régimen tributario condiciona en ocasiones las opciones de los empresarios
- Distinción entre sistemas dualistas y sistema unitarios. Son dualistas aquellos sistemas en los que existe una división interna dentro del Derecho Privado (Dº civil/Dº mercantil). En nuestro Ordenamiento se ha optado por un Sistema Dualista (nuestra propia CE lo reconoce. Arts. 149.1.6/149.1.8. Otros sist. Dualistas: Francia, Portugal, Alemania Distinción dentro del Derecho patrimonial privado (DPP) entre Derecho civil patrimonial y Derecho mercantil: Se opta así.

En los sistemas unitarios (Italia, Suiza, Holanda, Paraguay o Brasil) la división entre Dº. Civ y Dº Mercantil se ha superado en el plano legislativo mediante la unificación del Derecho de Obligaciones y contratos. Intento de elaboración de un código civil europeo que pretende la armonización en toda Europa de la regulación de las obligaciones y contratos.

En el centro del derecho privado se encuentra la persona y las relaciones de esta con otras personas.

Relación entre Dº civil y Dº mercantil. El Derecho mercantil como Derecho patrimonial privado especial

Derecho mercantil: Aquel Derecho privado especial que tiene por objeto al empresario, su estatuto jurídico y la peculiar actividad que éste desarrolla.

• **Empresario:** Persona natural o jurídica que ejerce en nombre propio una actividad empresarial.

• **Actividad empresarial:** Modo especial de desarrollar una actividad económica cualificada.

Lección II El derecho mercantil

Capítulo III CONCEPTO y contenido

si no se encuentra reglada en lo civil de forma supletoria pero sí que se puede aplicar de forma supletoria el civil frente a las faltas del mercantil, por lo que el derecho mercantil es una norma especial frente al derecho civil, dado que se acota su ámbito de aplicación a un grupo que son los empresarios.

No siendo un derecho que se contraponga al común, sino que es un derecho con las instituciones para regular unas relaciones y sujetos concretos. Siendo **definible como aquel derecho privado especial que tiene por objeto al empresario, su estatuto jurídico y la peculiar actividad que éste desarrolla**.

La cuestión es **¿Y quién es un empresario?** Este es toda persona física o jurídica que realiza una actividad empresarial.

Para que la actividad se considere mercantil, es necesario como ya veremos una continuidad en el ejercicio de dicha actividad.

Por lo dicho hemos de conocer los criterios para saber cuándo nos encontramos frente a una relación civil y cuando frente a una Mercantil. Pero esto no es fácil dado que el legislador no establece un solo criterio, sino que los confunde dado que en ciertas ocasiones como es el 244 Código de comercio, por el confunde el mandato que se regula con el Código Civil con la Comisión mercantil que se regula en el Código mercantil, diferenciándolos solo de **un criterio subjetivo**, por el simple hecho de que el que los que intervienen sean empresarios.



CONCLUSIÓN: La presencia de un empresario no ha de tener sin más el contrato de mercantil, ya que estos concluyen contratos (en su ámbito privado, por ejemplo) que no son mercantiles, ni tampoco parece que deba atenderse exclusivamente a la naturaleza del acto. Lo relevante es la pertenencia del acto a una serie que, de forma continuada, realiza el empresario. **Son mercantiles los contratos que constituyen esencialmente el tráfico del empresario. Debiendo tratarse de actos que se realicen de manera continua y permanente y no de forma aislada u ocasional.**

Art. 2.

Los actos de comercio sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común.

Serán **reputados actos de comercio los comprendidos en este Código** y cualesquiera otros de **naturaleza análoga**.

En otros casos nos vuelve y opta el legislador por otros criterios más objetivos como es el **criterio de la inclusión** cuando menciona es que sea cuando son actos de comercio, y lo que dice el legislador es que estos actos son todos los que se recogen en la ley mercantil; proviniendo este del artículo 2 del código de comercio, el problema es que el código de comercio es de 1885, lo que hace que lo que se consideró relevante en esa época no es suficiente dado que hay actos de comercio que son naturalmente mercantiles pero no están contemplados, por lo que solo nos vale este criterio para saber que lo que hay en el código son actos de comercio pero deja que pueden haber otros que lo sean y no estén dado que el código permite la analogía.

Por lo que llegamos al **criterio de la analogía**, son los que tengan naturaleza análoga, es decir que comparta la misma naturaleza que los contenidos, este "ayuda a adaptarse a los vaivenes del devenir" haciendo que el código de comercio no necesite modificaciones constantes según se crean nuevas relaciones mercantiles, por lo que para este contenido a su vez en el artículo 2 CCom.

Por lo que la doctrina establece como solución que "**son mercantiles los contratos que constituyen esencialmente el tráfico del empresario; debiendo tratarse de actos que se realicen de manera continua y permanente y no de forma aislada u ocasional**" esto es así en todos los casos excepto los que la ley establezca en concreto como es el 244 CCom por el criterio subjetivo, por lo que sería solo cuando la actividad sea continua y constante.

Lección II El derecho mercantil

Capítulo IV La historicidad del Derecho Mercantil

Capítulo IV La historicidad del Derecho Mercantil

Ya sabemos que la actividad mercantil, es una actividad antigua, la cuestión sería si esta ha existido siempre porque el derecho mercantil se crea en la edad media, según el profesor Olivencia este surge debido y en el momento en el que el viejo ius Civilis no era capaz de ofrecer soluciones a los problemas que plantea la actividad comercial.

El derecho romano se caracterizaba porque los poderes públicos fomentaban y protegían la actividad comercial, además de la gran adaptabilidad, siendo muy flexible durante su aplicación, como bien era el derecho del pretor de poder buscar libremente solución para los nuevos hechos.

Capítulo IV A. Etapas de nacimiento del Derecho Mercantil

1. Baja Edad Media

En la **Baja Edad Media**, en este momento lo que ocurre es que en el centro y norte de Italia se da que surge una incipiente actividad comercial, dado que se da un desarrollo de la actividad rural a la urbana, apareciendo las ciudades denominadas burgos, así como hay un incremento demográfico, surgiendo de ello los mercaderes los cuales tienen una actividad comercial que por la cual unos cuantos van a tener la virtud de crear su propio derecho, recibiendo el nombre de **IUS MERCATORUM** al nacer, siendo el derecho de una clase “de los mercaderes para los mercaderes”.

Esto consiste en los usos y prácticas que seguían los comerciantes en sus negocios, siendo por tanto un derecho consuetudinario, al nacer.

Lo que ocurre es que a esto se le suma es que el derecho romano justiniano era más rígido y formalista lo que lo hacía inadecuado, mientras que el derecho canónico prohibía el cobro de interés del dinero, lo que hacía necesario una nueva norma.

Por lo que este se ve solventado por los usos de cada plaza, lo cual le daba un marcado carácter local con cierta tendencia a la uniformidad, por lo que el uso de *Jerez aunque era distinto al de Cádiz tenía gran similitud por ser cómodo* además de que las fuerzas que lo respaldaban eran los gremios comerciales que en España se le llamaron Consulados, en los cuales habían ciertos prohombre ilustres

Lección II El derecho mercantil

Capítulo IV La historicidad del Derecho Mercantil

que eran elegidos internamente para solventar los problemas ocurridos entre comerciantes “una suerte de jueces”; siendo uno de los precedentes de los juzgados mercantiles.

Decimos por tanto que es un derecho subjetivo dado que se aplica solo a ciertas mersonas, dando igual la actividad de estos y lo que este haciendo en ese momento, siendo este el reducto que queda en el CCom, que busca anularlo por ser un derecho de clase.

Luego evolucionó para ser el derecho de los mercaderes para las actividades mercantiles.

Este es conocido hoy dado que han llegado colecciones que recogen las decisiones tomadas por los consilados como es el “libro del consulado del mar” y el “codigo de las constumbres de tolosa”.

2. Edad Moderna

Una vez en la Edad moderna que comienza en el siglo XV y se extiende hasta el XVIII, se da que hay un auge del mercantilismo, que es un modelo económico que se sustenta en cambios comerciales y que la riqueza se basa en la posesión de metales, además de que se da la ilustración y las restauración; además en la cuestión políticos se da que hay un auge de los estados absolutistas, por lo que los monarcas no iban a permitirles hacer su propio derecho, haciendo una estatalización, por la cual hace que esos usos de comercio pasen a un segundo plano, siendo la principal fuente de este derecho, la ley del monarca, estando en un proceso de legalización del derecho mercantil, dado que se da una estatización; además de que se da una objetivación del derecho mercantil, aunque sigue siendo un derecho subjetivo, pero va en vías de objetivarse.

Edad Moderna: (S. XVI a XVIII)

- Cambios políticos, económicos y sociales que inciden en los rasgos definitorios del Derecho mercantil:

1. **Cambios políticos:** Afirmación de la soberanía del Estado y de los poderes absolutos monarcas. Legalización (primera fuente del Derecho mercantil pasa a ser la ley escrita y sancionada por el monarca) y estatalización (competencia legislativa exclusiva del Estado). El DM comienza a dejar de ser Derecho de clase para convertirse en un Derecho de Estado.

2. **Cambios económicos y sociales:** auge del mercantilismo. Traslado del centro de vida económica del Mediterráneo hacia el Atlántico (España, Francia, Portugal, Inglaterra), provocado por la expansión del comercio de ultramar tras los descubrimientos geográficos. Sevilla con la Casa de Contratación creada por los Reyes Católicos monopoliza el comercio con las Indias y se convierte, desde el S. XVI, en el mayor centro de actividad mercantil de Europa. Espíritu de iniciativa y empresa propio del Renacimiento.

- DM: Doble proceso de objetivación y estatalización:

1. El DM comienza a aplicarse a no comerciantes (se va objetivando). Pese a ello, el DM de esa época sigue siendo esencialmente subjetivista.

2. La potestad normativa se atribuye al Estado. Cambio en la jerarquía de fuentes. La primera fuente formal pasa a ser la Ley

- Se advierte un progresivo nacionalismo.
- Ordenanzas Generales de Luis XIV (Terrestres de 1673 y marítimas de 1681) y Ordenanzas de Bilbao (1737)

Se le da además una potestad normativa que pasa al estado y un constante nacionalismo que hace que en vez de usos se regule por normas, debido a que el poder absoluto del monarca era incompatible, por lo tanto, era estas normas creadas por la ley del rey y para ejercer la actividad era necesario una autorización real para ejercerlo.

Se da además un avance dado que, aunque sigue siendo un derecho subjetivo, comienza a aplicarse a personas que no eran mercaderes, sino por la naturaleza del acto, por lo que, aunque iba en vías de objetivación no era todavía así.

3. Edad Contemporánea

En esta lo que ocurre es la revolución francesa con los principios de libertad, igualdad y fraternidad, siendo estos incompatibles con un derecho de clase.

Dándose que, con la caída de los absolutismos, se da un avance de esto sobre 1800, sobre todo debido a la libertad, por lo que se daba la libertad a que cualquier persona ejerciera o pueda ejercer la actividad comercial.

Dándose la lucha para que el derecho mercantil sea el derecho de todos mientras ejerzan actividades mercantiles.

Lección II El derecho mercantil

Capítulo IV La historicidad del Derecho Mercantil

Con la codificación, del código napoleón, se da un avance en España tenemos que el código de 1829, de “Don Pedro Sainz de Andino, de Alcalá de los atunes” que lo redacto, codificando la materia. Pero este estuvo poco tiempo en vigor, y tuvo ciertas grandes influencias del código mercantil francés de 1809 que buscaba de forma exrita el desaparecer del derecho subjetivo al decir que “Aquel que realice actividad comercial sea o no comerciante”, el código actual se redacta en 1885, y en este con un afán innovador, se busca abandonar el criterio subjetivo y consagrar el criterio objetivo, pero esto no se logra terminar como ya vimos debido a que el código no define lo que es un acto de comercio.

Viendo que estamos en una época de descodificación del derecho mercantil, se da que, aunque el código sea un buen código, se da que no contempla actividades mercantiles que se dan hoy, para esto el legislador podía hacer dos cosas, o bien modificar el código de comercio constantemente, o bien hacerlo por medio de leyes especiales, que es lo que ha ocurrido, por lo que hay gran cantidad de materias que se regula fuera del código, dándose que estas sean la mayoría.

Además de que falta correspondencia entre el código y la realidad, por lo que existen figuras que son atípicas dado que no se prevén ni en el código ni en las leyes especiales.

En 2013 las cortes dan un anteproyecto para crear un código de comercio que tendría 1700 artículos, pero este todavía hoy no lo tenemos dado que aprobado el anteproyecto en 2013 se sigue encontrando en fase de producción, y que busca el conseguir seguridad materias al regular materias que hasta ahora carecían de regulación, el video de al lado explica los conceptos básicos del anteproyecto, que es poco probable que se apruebe.

El código vigente consta de 4 libros de los cuales 2 están derogados, el que esta referido al comercio marítimo (la ley de comercio marítimo de 2014), y el de quiebras y ceses de pagos (por la ley concursal de 2002), luego dentro de los 2 que continúan hay partes que están derogadas por ejemplo todo lo que se refiere a las sociedades.

Se da que, al referirse el código a las disposiciones contenidas en el código como fuente primaria del derecho mercantil, se ha de hacer extensible para todas las leyes especiales dada la descodificación de este derecho, además de que se da una gran cantidad de contratos y de formas de negocio los cuales no están regulados en ningún lado.

Además se da que tengamos la ley concursal, la cual procede de la palabra concurso que viene de la palabra concursare que significa correr todos a la vez, por lo que la ley concursal pretende hacer que todos los acreedores cobren por medio de una prelación de cobros, pretendiendo esto en los “concursos de acreedores” además de evitar “quitas” y “esperas”; en nuestro ordenamiento antes de esta existían dos procedimientos distintos, el de los deudores civiles se llamaba concurso de acreedores, y el del mercantil se le llamaba quiebra, pero esto dejó de

Edad Contemporánea:

- **Cambios políticos:**
 - Caida de la monarquía absoluta. Triunfo de las ideas ilustradas (Dº de sufragio; reconocimiento de libertades individuales –derecho de reunión, de asociación–).
 - Revolución Francesa (1789) – Libertad e igualdad se reflejan en el ámbito mercantil
- **Cambios sociales:** libertad: libre acceso a las actividades mercantiles; Igualdad: DM No Derecho de una clase sino de todos en la medida en la que realicen actos de comercio. Por tanto: la condición de comerciante deja de adquirirse por concesión real o por la inscripción en la matrícula de comerciantes sino por el ejercicio del comercio.

Es en esta época dónde se lleva a cabo la **primera codificación de la materia mercantil**: Código de Comercio francés de 1807 (**Código de Napoleón**) de gran influencia en las codificaciones posteriores.

El DM se aplica a los actos que el legislador considera mercantiles con independencia de la condición personal (comerciante o no) del autor y de su carácter (aislado o profesional).

Cobra entonces relevancia en diferentes codificaciones el *acto objetivo de comercio*. Códigos aleman de 1861, italianos de 1865 y 1882, y españoles de 1829 y 1885.



Situación actual: Descodificación de la materia mercantil: falta de correspondencia con la realidad: sociedades, nuevos contratos (factoring, franquicia, agencia), quiebras, Derecho marítimo. Proyecto de nuevo Código Mercantil.

IMPERATIVIDAD de las Leyes mercantiles especiales frente al carácter dispositivo de los preceptos del Código en aras de la protección del contratante débil. TRLDCU, LGC; LCA.

Actualmente se encuentra en fase de elaboración un nuevo Código mercantil (proyecto). 1726 artículos estructurados en siete libros. Seguridad jurídica, necesidad de poner fin a la dispersión jurídica y de adaptar la regulación mercantil a las exigencias del tráfico económico. En algunas materias incorpora las Leyes ya existentes y, en otras, incluye disposiciones que regulan aspectos que carecían de regulación (v. gr. contratación en pública subasta). Pretende contribuir al incremento de la seguridad jurídica al tráfico mercantil al delimitar claramente la legislación mercantil que es competencia exclusiva del Estado para reforzar la unidad de mercado.



Lección II El derecho mercantil
Capítulo IV La historicidad del Derecho Mercantil

pasar en 2002 cuando la ley concursal unifica ambas, estando ambos siendo aplicables tanto a civiles como a mercantiles el concurso de acreedores. Por lo que esta ley se deja fuera del anteproyecto de 2013 dado que también funciona en materias civiles y carecería de sentido introducirlo ahí.

Capítulo IV B. Nueva lex mercatoria consecuencia de la globalización de la economía

La globalización de la economía ha tenido incidencia en el derecho mercantil en materia de la difusión de ciertas disciplinas mercantiles, las cuales carecen de regulación, por lo que los operadores de esta han sido los que han elaborado esto. Por lo que estamos ante una creación contractual de este derecho, lo que les interesa a estos operadores mercantiles es que haya seguridad jurídica, si no hay ley lo consigue por medio de contratos en los que ellos mismos establecen las condiciones.

Por ejemplo, el transporte multimodal carece de regulación dado que el convenio de ginebra que lo regula todavía no ha entrado en vigor por lo que los operadores mercantiles lo que hacen es lograrlo por medio de un contrato.

Esa es la **lex mercatoria** ese derecho que crea de forma contractual, ante la insuficiencia del derecho, por lo que esto se da similar a lo que veíamos en el medievo, pero esta vez suscrita únicamente a la autonomía de la voluntad, la cual está muy unida a estos temas, sobre todo en el ámbito internacional, siendo este principio el que incrementa la difusión y la producción de este derecho de producción autónoma por parte de los operadores mercantiles ante la insuficiencia de las leyes y normas.

Distintos organismos internacionales han beneficiado a la unificación de esto como es la CCI¹ o la CMI², o de carácter intergubernamental UNCITRAL que pertenece a las naciones unidas.

Sobre el derecho de la unión europea solo vamos a hacer una reflexión la cual es que desde la incorporación de España a la UE se ha producido en todos los países de esta un proceso de armonización de la regulación mercantil, debido a que las directivas de la UE obligan a que estas se apliquen en el ordenamiento interno, por lo que se tendrá que cumplir. Y por tanto se adopta los ordenamientos internos a las directivas comunitarias, por lo que como consecuencia tenemos una regulación común entre los estados sea o bien por las directivas que han de aplicarse o por los reglamentos los cuales son de aplicación directa y que por tanto se consigue cierta uniformidad en la disciplina aplicable (en nuestro caso en lo mercantil).

**LEX
MERCATORIA**

NUEVA LEX MERCATORIA CONSECUENCIA DE LA GLOBALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA

La Globalización de la economía ha influido en el Derecho mercantil. La expansión del comercio internacional reclama soluciones uniformes en aras de la seguridad jurídica de los operadores económicos. Nacimiento de un nuevo Dº contractual de producción autónoma elaborado por los propios protagonistas del tráfico a través de contratos tipo, en el que a menudo los conflictos no se someten a los Jueces y Tribunales ordinarios nacionales sino a Cortes arbitrales de creciente prestigio. El reconocimiento universal del principio de la autonomía de la voluntad ha sido el factor que más ha contribuido a la formación de este Derecho sustancialmente uniforme, asentado en algunos Convenios internacionales (Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, p.e) y sobre todo en las condiciones generales y en los contratos tipo elaborados por los profesionales del comercio exterior (MULTIDOC 95 de la BIMCO)

Labor de unificación en la que intervienen Organismos internacionales (privados) como CCI, CMI o de carácter intergubernamental, UNCITRAL y UNIDROIT. Relevancia de la Ley Modelo como instrumento para alcanzar la unificación.

El moderno empresario reivindica hoy el papel que en otra época desempeñó el mercader medieval, creando su propio derecho ante la insuficiencia de las soluciones ofrecidas por el Ordenamiento jurídico (creador y destinatario de unas normas que se esbozan a la medida de sus necesidades)

¹ Cámara de Comercio Internacional

² Marítimo Internacional

Lección II El derecho mercantil

Capítulo V Constitución y DM: la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas

Capítulo V Constitución y DM: la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas³

El hecho de que un empresario de una zona de España tenga otra regulación que otro de otra zona es contrario a la constitución dado que el 149.6 establece que el estado tiene materia exclusiva en cuestión de regulación mercantil, por lo que la regulación autonómica que lo intente vulnera esto.

Esto se hace dado que la constitución sigue la tradición de 1811 de establecer un único código por materias para todo el reino, por lo que se da que solo puede haber un código mercantil para todo el territorio.

La constitución además establece que el modelo económico es una economía mixta, dado que existe una libertad de comercio, con la intervención del estado para corregir los errores de este, a esto se le establecen unos preceptos a los que se le llama la constitución económica, como es el artículo 38 que es la libertad de empresa.

El modelo consagrado por lo tanto es el modelo mixto, permitiendo por tanto que exista las sociedades, estos preceptos que integran estos son el ya dicho 38, además del 128 que habla de la iniciativa empresarial y el 51 de la protección de usuarios y consumidores.

En cuanto a la relación entre el ordenamiento estatal y el autonómico general el carácter estatal de la constitución, España es un sistema dualista dado que establece la existencia de tanto un CC y de un CCom.

El 149 de la Constitución Española de 1978 establece que el estado tiene la competencia exclusiva de el numero 6 la legislación mercantil y en el 8 la civil, con lo cual además de reservarlo lo que hace es distinguir ambos, esto sin perjuicio a la preservación de los derechos civiles forales.

Por tanto, esto es acorde al principio de unidad de mercado que se establece en la ya antes dicha tradición y en la misma constitución.

Siendo esto además respetuoso con la libre competencia, porque si hubiera legislación más protectora en una región haría que no hubiera una libre competencias.

IV. Constitución y DM: la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas

● La Constitución Económica:

- Normas fundamentales del régimen económico constitucional que configuran el modelo económico español

Se trata de un modelo mixto, que deja un amplio campo a la intervención de los entes públicos en la actividad económica, como ordenadores y también como protagonistas de esa actividad. **Legislación estatal – legislación autonómica:** no hay relación de jerarquía. Es una cuestión de competencia.

■ Principios:

- Libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (art. 38).
- Iniciativa empresarial, subordinada al interés general (art. 128).
- Protección de los consumidores y usuarios (art. 51)

● Relaciones entre los ordenamientos estatal y autonómico:

■ Carácter estatal de la legislación mercantil

- Nuestra Constitución reconoce en su Título VIII la dicotomía del Derecho privado al establecer las relaciones entre el ordenamiento estatal y el autonómico. En este sentido, los arts. 149.1.6 y 149.1.8 CE reservan al Estado la competencia legislativa exclusiva en materia de *legislación mercantil* y de *legislación civil*, respectivamente.

"sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las CCAA de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan"

- La Norma, consagra, además, la **UNIDAD DE LA LEGISLACIÓN MERCANTIL** para todo el territorio nacional; consecuencia lógica del principio de unidad de mercado consagrado en nuestra CE (normas únicas en todo el territorio nacional).

Presente en toda la línea del Derecho constitucional español desde las Cortes de Cádiz de 1812 que proclamaban un mismo Código mercantil para toda la Nación

Sin embargo, el Principio de unidad no se refiere a todo el Derecho mercantil como ordenamiento especial, sino sólo a la producción legislativa. Los usos de comercio, fuente también del Derecho mercantil, admiten la diversidad ("usos generalmente observados generalmente en cada plaza").

³ Pregunta típica de examen de aquí siempre cae una.

Lección II El derecho mercantil

Capítulo V Constitución y DM: la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas

Capítulo V A. Cuestiones del 149.1. 6^a

4. ¿Qué se entiende por legislación mercantil?

El TC entiende en ciertas sentencias señalando que el núcleo de la regulación mercantil es todo lo relativo al empresario y su actividad externa, por lo que es esto lo que es exclusivo del estado, no de la materia mercantil, sino del empresario y de su actividad exterior.

Como la materia dinámica es dinámica, hace que lo que a la entrada de vigor de la constitución era mercantil lo sigue siendo pero aquello que surja y lo sea también lo será; lo estrictamente exclusivo del estado es TODO LO RELATIVO AL EMPRESARIO Y SU ACTIVIDAD EXTERNA con lo que nos referimos tanto a las condiciones de ser empresario, y demás; y con actividad nos referimos a todos los contratos que este realice con terceros, por lo que esto es el núcleo mínimo de la reserva, pero esto es ampliable con el tiempo.

Esa ampliación es lo que ocurre con la reciente Teoría del mercado que no entiende solo que el núcleo mínimo sea el empresario, sino que lo es el mercado, esta es reconocida por ciertas regulaciones y por ciertos sectores, pero sigue siendo una teoría doctrinal siendo la principal lo que estableció el Tribunal Constitucional en el 81.

Es esta teoría la que también inspira el anteproyecto de 2013 del CCom.

Reservando al estado la legislación privada mercantil, es decir las relaciones del empresario con el particular o entre sí, no las de este con las del estado.

Por tanto una CCAA no podría crear una ley que regule la actividad de las empresas con sus usuarios, esto no lo podría hacer; si que podría aprobar una que regule los requisitos para el ejercicio de la actividad de transporte.

La legislación pública no queda en manos de la regulación exclusiva del estado, por lo que no se expande a las leyes de regulación entre el empresario con la administración, a estas normas se les llama NORMAS DE ORDENACION y lo que regulan es la relación entre estos. Y hay muchas en múltiples sectores.

Esto con la excepción del 149.1.11 la cual establece “11. Sistema monetario: divisas, cambio y convertibilidad; bases de la ordenación de crédito, banca y seguros”. Con respecto a las bases de ordenación del crédito banca y seguro lo que ocurre es que no tiene el estado solo competencias en materia de legislación privada como en todo lo demás,

La lectura del art. 149.1.6^a plantea dos cuestiones:

PRIMERA CUESTIÓN:

* ¿Qué se entiende por legislación mercantil? El TC no la define pero sí señala cuál debe ser el núcleo esencial: la disciplina del estatuto jurídico del empresario y la actividad externa que éste desarrolla. STC 37/1981, de 16 de noviembre.

En cualquier caso, el concepto de legislación mercantil es un concepto abierto en función de la cambiante realidad socioeconómica. “El Derecho mercantil no es sino que está siendo” (Olivencia). De este modo, lo que al promulgarse la CE de 1978 era legislación mercantil seguirá siendo competencia legislativa del Estado, pero la materia regulada por el Derecho mercantil **no puede no puede congelarse en un determinado momento histórico**; sino que se trata de un concepto en abierto (no cerrado), en continua evolución expansiva. Ello no obstante, el concepto esencial de legislación mercantil reposa en los pilares del **empresario** y de la **actividad externa** que éste desarrolla.

Teoría del Mercado: teoría relativamente reciente que sitúa el núcleo de la legislación mercantil en el **Mercado**. La legislación mercantil abarcaría la regulación de todas las relaciones que nacen y se desarrollan en el mercado. Quedaría así superado el Derecho mercantil de los empresarios para extenderlo a todos los operadores del mercado, incluidos los consumidores y usuarios. Se trata de una tendencia de futuro basada en los postulados de nuestra Constitución económica y que ya tiene reflejos en algunas disposiciones (LCD o LMV).

Esa nueva tendencia delimitadora del concepto de Derecho mercantil –Teoría del Mercado– inspira la Propuesta de Código Mercantil (sus normas se extienden a los actos y contratos realizados por los operadores del mercado en ejercicio de su actividad...).

* De otra parte, por legislación mercantil, a efectos de esa competencia exclusiva estatal, debe entenderse sólo la **legislación privada (contratación mercantil)**, no la pública, que puede estar atribuida al Estado o a las Comunidades Autónomas. Por tanto la actividad de ordenación pública de la economía queda al margen de la **legislación mercantil**, debiendo buscarse el título de habilitación competencial, en favor del Estado o de las Comunidades Autónomas, en otros apartados de los artículos 148 y 149 CE o en los correspondientes Estatutos de Autonomía. Ello significa que Las CC.AA sí pueden dictar normas referidas a la ordenación pública de la economía.

Art. 149.1.11 (bases de la ordenación del crédito, la banca y los seguros).
Excepción Sobre estas materias el Estado posee competencia legislativa completa (materia privada y pública). Debe advertirse que el número 11 del art. 149.1 no se refiere a la normativa privada, que ya le ha sido atribuida al Estado en el número 6º del mismo artículo. Por otra parte, la referencia del art. 149. 1.11 no ha de entenderse referida exclusivamente al ámbito de **bases**, sino al Derecho administrativo económico, de ordenación e intervención del Estado.

El término Ordenación aplicado a un determinado sector de la actividad económica se utiliza a menudo en nuestro Derecho positivo para hacer referencia a normas de naturaleza jurídico-pública, dictadas para estructurar, de acuerdo con los intereses generales, sectores importantes de la actividad económica (p.e Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres).

Lección II El derecho mercantil

Capítulo V Constitución y DM: la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas

sion que tambien lo tiene en la legislacion publica, dado que las bases de regulacion del credito, banca y credito son los pilares economicos de un pais. Se da que en el 6º se le otorga la reserva al estado sobre la legislacion privado, mientras que es el 11º el que otorga la reserva sobre la legislacion publica; esto es así porque el 6º se lo otorga al estado sobre toda la legislacion mercantil privada una reserva, y el 11º le establece de forma adicional la legislacion publica en la reserva en materias de credito, banca y seguro, teniendo en ellas la competencia completa.

Por el termino “base” lo que se refiere es a los principios o conceptos que hacen de pilar sobre ello, por lo que el termino base del credito banca y seguro, se refier a que sea toda la noción material sobre ello.

En cuanto a los ferrocalines encontramos la peculiaridad de que historicamente se consideraba sinonimo de comercio, esta hoy es una pura actividad mercantil; mientras las ferias se refier a feria en cuestion comercial, sobre encuentros agricolas o ganaderos, en españa se le llamava feria un ejemplo es la “feria de Medina del campo” la cual era de las mas importantes.

El 148.1 habla de ferrocarriles y ferias por lo que nos encontramos que le permite asumir competencias a las comunidades autonomas sobre los Ferrocarriles en su 5º punto y en el 12º a las ferias, en este se refiere a las competencias publicas no a las mercantiles, por lo que aunque estos sean puramente mercantiles la competencia publica de esto es de las CCAA y en los aspectos privados queda por el 149 resevada al estado.

5. ¿Hasta dónde abarca la competencia exclusiva?

Se refiere a todo el ciclo normativo, no solo a la ley; por lo que valen tanto los reales decretos y demás formas de normas, por lo que no es una reserva a la ley sino al estado.

Lección II El derecho mercantil

Capítulo VI Fuentes del derecho mercantil

Capítulo VI Fuentes del derecho mercantil

Las fuentes del derecho mercantil se encuentran en el artículo 2 del código de comercio, y lo define como “Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que lo ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos de comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común”, lo que no nos dice es cuales son los actos de comercio, estos ya vimos que son tantos los contenidos en el código, como aquellos que lo sean por naturaleza análoga, en cualquier caso este articulo señala las fuentes del derecho.

Lo que ocurre es que el derecho mercantil carece de un sistema propio de fuentes y usa las mismas que la civil: la ley y los usos del comercio y supletoriamente se irá al derecho común, es decir las fuentes son actualmente:

LAS LEYES, debido a que, aunque el código dice que son las "disposiciones de este código" debido a la actual decodificación de esta materia y que esto se regulan en leyes especiales propios que son las que contienen la mayoría de la materia, por lo que, al hablar de las disposiciones de ese código, hemos de identificar que las leyes especiales están en pie de igualdad con las disposiciones del código, de ahí la pretensión de crear un nuevo código.

LOS USOS DE COMERCIO, los cuales no son más que la costumbre, pero se llama así en esta materia.

DERECHO COMUN, el cual no es fuente del derecho mercantil, sino un servicio subsidiario al que acudiremos en caso de carecer de disposiciones es el derecho civil y es supletorio para cuando no se encuentran soluciones propias en las fuentes mercantiles.

De esto venos que la regulación aplicable a la materia mercantil no solo se regula en la regulación mercantil, porque hay casos en los que ante el carecer de fuentes mercantiles sobre un tema se ha de acudir al derecho civil; pero esto se complica debido a que el artículo 50 altera la jerarquía de fuentes, de forma que para determinadas materias que son contenidas en el mismo, la fuentes serian: ley y derecho común, se refiere a los contratos mercantiles; es decir en estos temas se salta los usos de comercio en estos casos.

I. INTRODUCCION

- La historia del Derecho mercantil es en gran medida la historia de un modo particular de crear derecho.
 - Sin embargo, en la actualidad, el Derecho mercantil carece de un sistema propio de fuentes. Así, sus fuentes formales no difieren de las del Derecho civil; ambas ramas se manifiestan a través de dos fuentes principales [arts. 1º.1 y 1º.6 Cc.]: ○ La Ley

Fuentes del Ordenamiento jurídico español

Pese a no ser fuente del Derecho, la Jurisprudencia desempeña un extraordinario papel. Complementa el Ordenamiento jurídico con la doctrina del Tribunal Supremo

Conclusión: El DM no tiene fuentes formales propias ni jerarquía distinta a la del DC

- Las fuentes del Derecho mercantil
 - Art. 2º.1 C. de c.: Ley mercantil y usos de comercio. Se establece así la primacía del DM respecto al DC en la materia propiamente mercantil. El referido precepto pretende establecer, no ya una jerarquía de fuentes, sino de Ordenamientos llamados a disciplinar la materia mercantil. El Dº mercantil es pues el Ordenamiento de aplicación preferente en lo que a la materia mercantil se refiere
 - Por tanto, el régimen aplicable a la materia mercantil no se contiene **exclusivamente** en el Derecho mercantil, aunque éste, en cuanto que Derecho especial, sea de aplicación preferente a la materia mercantil.

Art. 2º: «Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que lo ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos de comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común»



■ EL DERECHO COMÚN Y LA MATERIA MERCANTIL

- El Dº común rige en ausencia de normas especiales. Pero NO es fuente del Derecho mercantil; sino ordenamiento regulador de la materia mercantil de manera subsidiaria.

La aplicación del Dº Común, se realizará, conforme a la jerarquía de fuentes establecida en el art. 1º C.c.; primero la Ley, en su defecto la **costumbre**, subsidiariamente, los **Principios Generales del Derecho**.

■ EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL DEL ART. 2.^º C. de c. en materia contractual:

- Art. 50 C. de c:** consagra la primacía del Derecho común frente al uso de comercio en relación con las materias enunciadas en el mencionado precepto. Así, en este ámbito, la aplicación de los usos será muy improbable dado que exigirá la inexistencia de normas legales mercantiles y civiles respecto de alguno de los aspectos a los que se refiere el art. 50

Art. 50: «Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán, en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común».

2. ^º	LM	Usos de c.	DC
50	LM	DC	

Lección II El derecho mercantil

Capítulo VI Fuentes del derecho mercantil

solo se usa los usos si no es suficiente el civil. **Esto en los casos contractuales concretos a las cuestiones de requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes.**

Capítulo VI A.Las leyes mercantiles

Artículo 2 CCom 1885

Los **actos de comercio sean o no comerciantes los que los ejecuten**, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, **por los usos del comercio** observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las **del Derecho común**.

Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.

Nombra que los actos de comercio son los que se realicen sean o no comerciantes, lo hace por tal de evitar el subjetivismo del derecho mercantil de años anteriores, es por ello por lo que a lo que se refería es a que el que convierte el acto en mercantil, no es el que lo realiza, sino la naturaleza del acto, por ello dice eso para repudiar al criterio subjetivista que seguía el CCom del 29.

Cuando hablamos antes de ley, no nos referímos a ley en sentido estricto sino a cualquier norma que lo regule.

Para entender la situación hemos de irnos al artículo 258 de la constitución de 1812 que ya nos cuadraba el principio de unidad de mercado al indicar un solo código civil, criminal y de comercio para toda la monarquía; por esto instaura una unidad de mercado.

Tras muchos intentos se crea el código de Sainz de Andino de 1829 que es derogado por el vigente código de comercio de 1885 que lo deroga salvo en la materia de quiebras que estuvo vigente hasta 2003.

Lo que tenemos es un código dividido en 4 libros de los que 2 están derogados como es el L.III (completamente) y el L.IV del cual solo quedan 10 artículos⁴.

El código de comercio del 85 no implica un gran avance y fue objeto de profundas críticas, entre otras por la falta de definición del concepto de acto de comercio; debido a que este es el criterio de mercantilidad, pero no estar definido, se da que ahí reside el problema, por lo que ha de interpretarse la naturaleza análoga de los negocios que no se encuentran en el CCom. Esta es por tanto de las principales consecuencias, así como que, por consecuencia de su actual derogación, se pudo haber optado por actualizar el código por medio de actualizaciones, pero el legislador español lo que hizo fue regular y desarrollar en leyes especiales, dejando raquíto el CCom.

● El Código de comercio:

- Art. 2.º: Al establecer las fuentes hace referencia expresa a "las disposiciones de este Código"; la expresión debe entenderse como sinónimo de **ley**. Así el C. de c. se presenta como la **Ley más significativa**; Ley mercantil más importante, **pero no la única**; Proceso de descodificación; extensión de la referencia contenida en el art. 2.º a las **Leyes mercantiles especiales**. La referencia a la Ley debe entenderse por tanto como inclusiva no sólo de los preceptos del C. de C. si no, también, de las **Leyes mercantiles especiales**.
- Además, por Ley se ha de entender no solo las disposiciones con rango de Ley sino **también las de naturaleza reglamentaria** (RD, OM, Circulares)
- El movimiento codificador de la materia mercantil se inicia en 1812:
Art. 258 de la Constitución de 1812: *El Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes.*
 - Intentos: 1813 y 1820. El Proyecto de 1827 culmina el **Código de Sainz de Andino de 1829**
 - Omisiones del Código de 1829 y supresión de la jurisdicción mercantil (1868)
 - Proyectos de nuevo Código
- **El Código de comercio de 1885** (derogó al del 29, salvo las disposiciones generales sobre quiebra —arts. 1.001 a 1.177- vigentes hasta la promulgación de la Ley 22/2003, Concursal)

Estructura
del C.de c.
1885

955 artículos repartidos en 4 libros
L. I: «De los comerciantes y del comercio en general»
L. II: «De los contratos especiales del comercio»
L. III: «Del comercio marítimo»
L. IV: «De la suspensión de pagos, quiebras y prescripciones»

Actualmente
derogados.

■ El C. de c. de 1885 supuso menor progreso que su antecesor

- Nació viejo y con grandes lagunas. Objeto de consideraciones críticas por su anacronismo. Particularmente criticable la falta de definición de **acto de comercio** que dificulta la delimitación de la materia mercantil.
- Subsistencia:
 - Profundo liberalismo
 - Profusión de Leyes mercantiles especiales
 - La continua evolución de la actividad económica y su complejidad determinan que el desfase del Código sea cada vez más acusado. Desfase, superado por los operadores económicos, habida cuenta de la naturaleza dispositiva de la mayor parte de sus preceptos.

■ Leyes mercantiles especiales

- Clasificación
 - Disposiciones de desarrollo de materias contenidas en el Código
 - Disposiciones sobre materias no reguladas en el Código
 - Disposiciones modificativas del Código
 - Disposiciones derogatorias del Código con sustitución por una ley
- La descodificación

■ Disposiciones legales no estatales

- Legislación autonómica: su ámbito se extiende, exclusivamente, al territorio de una CCAA. Éstas pueden dictar normas de ordenación pública de la economía —salvo la reserva del 149.1.11—
- Disposiciones de ámbito internacional. Tratados internacionales (arts. 96.1 CE y 1.5 Cc).
- Derecho de la Unión Europea:
 - Primacía por transferencia de competencias
 - Fuentes propias

⁴ En nuestro sistema solo quedan concursos ya no hay quiebras.

Lección II El derecho mercantil

Capítulo VI Fuentes del derecho mercantil

Además, se da que la regulación que sigue estando en el código goce de un desface con respecto al tiempo, además de que se da que la mayoría de las normas que se encuentran en el código son dispositivas, lo que hace que se pueda saltar, mientras que la mayoría de las leyes especiales son imperativas, y por tanto no se puede pactar en contra.

En el cuestión de las leyes especiales podemos encontrar que tienen varias funciones: Disposiciones de desarrollo de materias contenidas en el Código, Disposiciones sobre materias no reguladas en el Código, Disposiciones modificativas del Código y Disposiciones derogatorias del Código con sustitución por una ley.

Luego a esto se le suman las disposiciones legales que no son estatales, se da que una CCAA solo puede regular las disposiciones de materia publica de todo lo que no sea banca, crédito y seguro; por lo que en todas menos esas tres las CCAA pueden dictar normas mercantiles de carácter público, haciendo referencia a esto con el hecho de que sea una norma que regule la relación entre el estado y unos sujetos concretos, es decir pueden hacer **leyes de ordenación**.

Por otro lado, se encuentra la primacía de los tratados internacionales, así como del derecho de la unión europeo.

Capítulo VI B. Los usos mercantiles

El derecho mercantil nace como una reiteración de prácticas por los mercaderes, si bien estos gozaron al inicio de una importancia tal que era la primera fuente, y vimos como la evolución histórica primacío sobre está a la ley.

Por lo que estos han perdido la mayor parte de la importancia que ante tuvieron, lo que ocurrió es que como los comerciantes integraban cláusulas tipo que siempre estaban ahí, hasta el punto de que, aunque no se mencionaran de forma expresa las partes la sobre entendían integrada en el contrato por lo que de ahí nacía la costumbre.

Por ejemplo, hay un puerto de Algeciras en la cual un Barco ha de descargarse, si la norma no indica nada sobre quien ha de hacerlo, se da que no se sabe cuál de los dos (el puerto o el barco) ha de descargar, si una costumbre antiquísima dijera que lo descargará el barca, así se hará.

Como requisito para esto es que sea una práctica reiterada en el tiempo, y que no sea contraria a la moral ni al orden público. Lo bueno de estos es la flexibilidad y dinamismo que tienen, pero para que estos sean es importante es que no haya ley mercantil.

Lo difícil de estos es la dificultad de prueba, la cual esta no está en el principio "de que el juez conoce el derecho" por lo que ha de alegarse y a la vez probarse la existencia del uso, así como su vigencia en la plaza en concreto.

Esta fuente del derecho mercantil se encuentra en un claro declive, dado que recurrir a esto sería extraño.

Lección II El derecho mercantil

Capítulo VI Fuentes del derecho mercantil

Esta tiene una mayor relevancia en el tráfico internacional debido a que a falta de normas los mercantiles se han creado su propia norma, sin embargo, el tribunal supremo ha negado de forma reiterada su condición de normas de derecho consuetudinario.

El 1255CC permite que se excluya la aplicación de los usos si así lo estiman las partes correspondiente.

Un uso interpretativo sirve para desclarar cláusulas obscuras, del contrato. Mientras que las que son uso objetivo son las verdaderas normas mercantiles que rigen el contrato, aunque no se indique.

Para que el uso tenga valor normativo ha de ser un uso propio del comercio, además de que ese uso sigue rigiendo en la plaza, siendo necesario que este sea observado en la plaza. Mientras que los usos contrarios de la ley no son válidos salvo cuando van contra una ley dispositiva.

El uso se puede probar mediante la recopilación de usos que se encuentran en la cámara de comercios, o atreves del consejo superior de la cámara de comercio, aparte de esto el juez como siempre puede comprobarlo de oficio. Para probarlo también puede recurrir a la misma jurisprudencia en la que el TS haya reconocido la vigencia del uso, por lo que esta ha de ser probada en todo caso.

Proceso formativo:

- Estandarización de cláusulas (cláusulas de estilo)
- A fuerza de repetirse, se presumen, se sobrentienden
- Una vez que las cláusulas se separan de la voluntad de las partes y se aplican al contrato, podrá hablarse de uso jurídico constitutivo de costumbre.
- En cualquier caso, la aplicación de los usos mercantiles podrá ser excluida por la voluntad de las partes (1.255 C.c.)

CLASES:

- **Uso interpretativo:** facilita la interpretación de la voluntad de las partes en un contrato; la fijación del sentido de cláusulas oscuras, concisas o poco claras. También pueden servir para atribuir al acto o contrato el efecto que naturalmente deba tener. Esta clase de usos se reconoce en el art. 57 C. de c.
- **Uso normativo:** norma de Derecho objetivo (consuetudinario) que se aplican supletoriamente en defecto de Ley que se impone a la voluntad de las partes, **salvo que éstas se opongan expresamente a ello** (art. 1.255 C.c.).

■ Valor normativo del uso

- El uso normativo como fuente de primer grado: art. 1.3 Cc.
- Requisitos:
 - Del comercio (propios del tráfico mercantil)
 - Observados generalmente en cada plaza (no necesariamente «locales»)
- **Usos contra legem:** sólo si la Ley contravenida es de naturaleza **dispositiva** y la aplicación del uso de que se trate puede estimarse **querida por la voluntad de las partes**. Así, éstas, expresa o tácitamente, habrán de manifestar su voluntad de que el uso de que se trate, integre la disciplina del contrato. A falta de tal manifestación de voluntad, la norma dispositiva prevalecerá sobre el uso de comercio **contra legem**.

■ La prueba del uso

- Corresponde a quien lo alega (es una excepción al principio *iura novit curia*). El juez no tiene que atenerse a las pruebas de las partes sobre la vigencia del uso
- Recopilaciones:
 - Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación
 - Cámara de Comercio Internacional

▪ Otros medios:

- Informe o dictamen de organismos públicos o privados
- Pericia de expertos
- Antecedentes jurisprudenciales

Las condiciones generales de la **contratación** son divididas en dos partes el predisponente, el cual es el que predispone, es decir el que elabora las cláusulas, y por otro el **adherente**, ya que este simplemente se adhiere a ese contrato, estas son prácticamente extendidas en el tráfico comercial.

En estas se da que no haya una relación entre el comerciante y el particular, sino que este simplemente se adhiera o no a unas cláusulas existentes previamente.

Para que rija una condición general de la contracción es necesario que se acepten, por lo tanto, estas no son fuentes, dado que las fuentes están por encima de la voluntad de los firmantes. Así que por más que creen derecho al regular cuestiones no reguladas (como es el mercado bancario) pero tienen la cuestión de que para ser aplicadas REQUIEREN LA VOLUNTAD DE LAS PARTES. Es por lo tanto derecho negocial, aunque sea impuesto por una de las partes, pero requiriendo la voluntad de las partes.

Matizamos que estas condiciones generales pueden dar lugar a normas, cuando estas son elaboradas por la administración, y estas solo se aplican cuando no se realiza un contrato por escrito, con su propio clausurado.

Capítulo VI C. Aplicación del derecho mercantil: solución judicial y extrajudicial de conflictos

6. Los juzgados de lo mercantil

El origen de los juzgados de lo mercantil se encuentra en los consulados medievales que consistían en instituciones, en la que se reunían en una especie de tribunales que no lo eran, en los que los dos cónsules los que hacían el papel de una especie de árbitro o juez que se elegían por duración de un año el día de navidad, siendo estos prohombres⁵. En esto están los precedentes, los cuales son previstos legalmente en el código del 29. Pero Felipe V en los fueros de nueva planta elimina estos tribunales especiales de comercio.

Los Juzgados de lo mercantil:

Evolución histórica

- ✓ Edad Media → Jurisdicción consular
- ✓ C. De c. de 1829 → Los Tribunales especiales de comercio
- ✓ Decreto de unificación de fueros (1868) → supresión de la jurisdicción mercantil

Los juzgados de lo mercantil fueron creados por Ley Orgánica 8/2003 de 9 de julio, para la Reforma Concursal (LORC). Con su creación se persiguió un doble objetivo:

- ✓ avanzar decididamente en el proceso de la especialización
- ✓ concentrar en el Juez del concurso el conocimiento de materias pertenecientes a distintas disciplinas jurídicas hasta ahora asignadas a distintos órdenes jurisdiccionales.

Hasta el año 2003 se iba a los juzgados de primera instancia, a partir de 2003 por la Ley orgánica de reforma concursal crea los tribunales mercantiles con la intención de avanzar en la especialización además de concentrar al juez en el concurso. La LO 8/2003 modifica varios artículos de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

⁵ Personas ilustres con experiencia en el ámbito mercantil o marítimo.

Lección II El derecho mercantil

Capítulo VI Fuentes del derecho mercantil

(LOPJ). En concreto, el art. 86 bis LOPJ prevé la creación de uno o varios juzgados de lo mercantil en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, pudiendo crearse en poblaciones distintas a la capital (si las condiciones económicas así lo aconsejan), así como extender su jurisdicción a dos o más provincias. El referido art. 86 prevé también la creación de los Juzgados de lo Mercantil de Alicante, que tendrán competencia en primera instancia y de forma exclusiva de todos los litigios en materia demarcas y modelos industriales comunitarios, que se denominarán a estos solos efectos «Juzgados de Marca Comunitaria». Entre otras, los Juzgados de lo mercantil, son competentes en las siguientes materias:

- Cuestiones en materia concursal. Tras la reforma de la LOPJ llevada a cabo por la LO7/2022, los Juzgados de lo mercantil recuperan su competencia en relación con el concurso de las personas físicas (no empresarios) con anterioridad correspondía a los Juzgados de 1^a instancia
- Otras materias además de las concursales (art. 86 bis LOPJ): a) competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual, publicidad, sociedades mercantiles y cooperativas; b) transportes nacional e internacional (salvo las excepciones a las que se refiere el párrafo segundo del art. 86.1 bis LOPJ); c) Derecho Marítimo y derecho aéreo; d) condiciones generales de la contratación; e) daños derivados de las infracciones del derecho de la competencia.
- Se trata de competencias predominantemente mercantiles, pero ni se le atribuyen todas las materias mercantiles (no se incluyen, por ejemplo, los procedimientos relacionados con contratos de distribución, franquicia...), ni todas las materias atribuidas son mercantiles (propiedad intelectual).

Las materias de las que conocen los tribunales de lo mercantil son las que son predominantemente mercantiles, es decir, mayoritariamente conoce de materias mercantiles, pero también algunas civiles, pero también a la inversa hay materias mercantiles que los conoce la jurisdicción civil (como es “el overbooking”).

7. El Arbitraje

El arbitraje es un mecanismo alternativo y extra-judicial para la resolución de controversias por el cual las partes pactan que si se da una controversia se opta por el arbitraje en vez de la vía judicial, se da que esta tiene inconvenientes como es que es más caro, además de que una vez que se emite el laudo no quepa recurso. Teniendo el laudo fuerza de cosa juzgada, y por tanto es además ejecutable (por un juez, se acude para que lo acuda).

La norma que regula el arbitraje es la ley del arbitraje de 2003. Además, se da que es aplicable en el ámbito de las relaciones jurídicas contractuales, de forma que además excluye el procedimiento judicial, por lo que ha de aportar las mismas garantías procesales que la jurisdicción, además que se da que el juez ha de ser un experto en la materia y de acuerdo con el tipo de arbitraje si es de derecho o, de hecho.

EL ARBITRAJE

Procedimiento, alternativo al judicial, tendente a resolver los conflictos jurídicos que surjan en las relaciones jurídicas contractuales (mercantiles).

- a. Norma general reguladora: [Ley 60/2003, de Arbitraje \(modificada por la Ley 11/2011\)](#).
- b. Procedimiento aplicable en el ámbito de las relaciones jurídicas contractuales.
 - Aplicable a las relaciones jurídicas contractuales (mercantiles) que se susciten en el ámbito interno de **nuestro Estado** (salvo normativa arbitral específica, en cuyo caso la Ley 60/2003 sería de aplicación supletoria) o en el **ámbito internacional** (sin perjuicio de los tratados internacionales en los que España sea parte; o de que las partes acuerden que los árbitros decidan con arreglo a unas normas jurídicas que no sean españolas).
- c. Procedimiento «alternativo» al judicial.
 - Es un procedimiento que **excluye** la aplicación del procedimiento judicial.
 - Es un procedimiento que **debe preservar las garantías procesales** esenciales que permitan una resolución «justa» del conflicto.
 - 1) Derechos de las partes (alegaciones, proposición y práctica de pruebas, etc).
 - 2) El árbitro. **Ha de ser experto e imparcial** en sus resoluciones (**laudos**).
 - 3) El laudo produce efectos de «cosa juzgada», de modo que frente a él solo cabe **acción de anulación en los supuesto que expresamente prevé la Ley** (no existe convenio arbitral o es inválido; designación de árbitros no ajustada al acuerdo de las partes **art. 41**).
- d. Ventajas: **celeridad** (del procedimiento); **flexibilidad** (en el procedimiento).

REQUISITOS PREVIOS

a. Compromiso (o convenio) arbitral.

Que las partes hayan sometido a arbitraje la resolución de las controversias que puedan surgir en el ámbito de las relaciones jurídicas mercantiles.

b. Que la materia sea susceptible de arbitraje

(las que versen sobre materias de libre disposición por las partes, esto es, que recaiga sobre materias sobre las que las partes puedan libremente disponer y que gocen de libertad para someter dicha materia a arbitraje art. 2º Ley de Arbitraje).

Lección II El derecho mercantil

Capítulo VI Fuentes del derecho mercantil

Para que pueda acudirse a esta es necesario que exista un convenio arbitral por el cual las partes celebran un acuerdo para lanzar la materia al arbitraje, se puede siempre que las partes tengan la libre disposición de la materia. Por lo que es necesario que sea una materia suscitarle de arbitraje.

El convenio arbitral puede aparecer tanto dentro del mismo contrato como fuera del mismo; este genera dos efectos el positivo es que obliga a las partes al laudo del árbitro, mientras que el negativo es que excluye a la jurisdicción de conocer de ello.

En cuanto a tipos de arbitraje tenemos: al de derecho por el cual decide y se fundamenta en una norma jurídico, mientras el de hecho es por medio de su experiencia y leal saber.

CONVENIO ARBITRAL

a. Expressará la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias surgidas o que puedan surgir respecto de una relación jurídica

b. Podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o acuerdo independiente

c. El convenio arbitral produce dos efectos:

▪ **Efecto positivo:** obliga a las partes a cumplir lo estipulado en él

▪ **Efecto negativo:** impide a los tribunales jurisdiccionales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, salvo que las partes renuncien.

El nombramiento del árbitro lo hacen de forma que las partes podrán fijar el número de árbitros, siempre que sea impar; si no hay acuerdo, se designará un sólo árbitro. El árbitro será nombrado de común acuerdo por las partes. En defecto de éste, lo nombrará el Tribunal competente.

En los arbitrajes de derecho, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá, salvo acuerdo en contrario de las partes, la condición de jurista al árbitro que actúe como tal. Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista.

Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad

El laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación. No obstante, el ejecutado podrá solicitar al tribunal competente la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo. Lo importante es que el hecho de que se recurra el acto en los casos tasados permitidos no evita la ejecución del laudo.

Lección III La Empresa

Capítulo VII Concepto e introducción

La empresa es la actividad externa que sigue el empresario mientras que la sociedad es la persona jurídica que desempeña la actividad de empresa, pero no son empresas, por lo que una sociedad mercantil para el derecho sería el empresario, mientras que la empresa sería su actividad exterior empresarial.

En derecho mercantil tenemos dos tipos de empresario el social, el cual es un ente que tiene personalidad jurídica porque esta atribuido de las mismas características de una persona, porque lo hace el derecho (*Amancio Ortega no es un empresario sino el socio mayoritario de Inditex el cual es el empresario*), luego está el individual.

Por motivo de esto de las obligaciones de la sociedad no responden los socios, porque el empresario es la persona jurídica.

Por lo tanto, una empresa no es más que un conjunto de capital y trabajo enfocado en el desarrollo que de forma organizada por el empresario por una diversidad de elementos dispares muebles, inmuebles, de propiedad intelectual, que son organizados por el empresario para el ejercicio de la actividad empresarial, que es eso lo que es la empresa.

La empresa es un elemento fundamental en el derecho mercantil dado que tanto esta, como el empresario y su actividad se encuentran en el centro del derecho mercantil, siendo por tanto un elemento vertebrador del derecho mercantil.

Esta es un conjunto de elementos los cuales tienen diversa naturaleza, siendo necesario que el Derecho mercantil se ocupa de la regulación jurídico-privada de importantes materias íntimamente conectadas a la empresa. Así: el empresario y su estatuto jurídico; la actividad externa que desarrolla el empresario en el mercado; los bienes típicamente mercantiles que integran la Empresa (fondo de comercio, secretos empresariales, títulos-valores, marcas, patentes, nombres comerciales, diseños industriales); el conjunto patrimonial organizado y equipado para desarrollar la actividad de empresa.

- Constituye un elemento fundamental de la economía moderna que posee una alta significación jurídica en cuanto que elemento vertebrador y delimitador del contenido del Derecho mercantil.
- El Derecho mercantil se ocupa de la regulación jurídico privada de importantes materias íntimamente conectadas a la empresa. Así:
 - El empresario y su estatuto jurídico
 - La actividad externa que desarrolla el empresario en el mercado
 - Los bienes típicamente mercantiles que integran la Empresa (fondo de comercio, secretos empresariales, títulos-valores, marcas, patentes, nombres comerciales, diseños industriales)
 - El conjunto patrimonial organizado y equipado para desarrollar la actividad de empresa
- La CE proclama en su art. 38 la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado correspondiendo a los poderes públicos garantizar su ejercicio. El contenido de la libertad de empresa tiene como presupuesto mínimo la libertad de acceso al mercado único y competitivo.
- La relevante significación jurídica de la empresa contrasta con la inexistencia en nuestro Ordenamiento -el Proyecto de Código mercantil sí lo contiene- de un concepto jurídico de la misma. Partiendo de la base de la dificultad de ofrecer un concepto jurídico unitario válido para todas las disciplinas, la doctrina mercantilista ha procedido a elaborar un concepto de empresa.

Además, a esto se le añade a que el artículo 38 de la Constitución Española proclama la libertad de empresa por el cual es un cambio con respecto a lo que había antes, dado que debido a este todo empresario puede desempeñar libremente su actividad, dándose y favoreciéndose la libre competencia. Esto no quita que sea necesaria para la actividad de ciertos sectores que se otorgue una autorización administrativa previa, pero estas son regladas y no pueden ser arbitrarias, estas se encuentran en las actividades más delicadas o técnicas (como la financiera).

Esto se da en contraposición con la inexistencia de un concepto jurídico de empresa dado por el legislador, por lo que nosotros acogemos la de la doctrina, en cuestión la del profesor Broseta, el cual la definió “como un **conjunto organizado de capital y trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes y servicios en el mercado**”.

Lección III La Empresa

Capítulo VII Concepto e introducción

Es por tanto la empresa ese conjunto que es organizado por el empresario y esta se rige por derecho mercantil, como es la marca, la cual no es más que un símbolo o distintivo que permite distinguir el producto del que produce otra empresa, por lo que este es sumamente importante; mientras que una patente es aquello que hace aquel que por medio de una inversión de capitales y o trabajos se logra una innovación, por lo que como premio se le da una imposibilidad de que nadie haga ese producto salvo el que lo ha hecho, por un plazo como es de 20 años. *Por ejemplo, si alguien inventa el paraguas y tiene una patente, si otro lo mejora como es hacerlo plegable eso es una patente de segundo grado.*

En la empresa también existen las situaciones de hecho como es la posibilidad de transmitir la clientela, a los empresarios para esto se le pone la obligación de no hacer por lo que cuando se transmite la empresa, se transmite la clientela y por esto se le pone a este empresario la obligación de no hacer para que no compita con el otro.

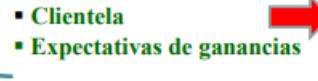
El fondo de comercio hace referencia a una especie de plusvalía que le añade a la empresa por cuestiones totalmente materiales que añaden un valor adicional a la empresa. *Tanto la empresa Dani como la empresa Villa fabrican refrescos de cola, ambos tienen naves y maquinaria con valor de 1.000.000€ en valor patrimonial (la suma de todos sus elementos patrimoniales), se da que la empresa Villa tiene un valor de 1.000.700€, se da que esos 700€ de plusvalía procede del fondo de comercio, dado que tiene más clientela, mejor marca y mayor prestigio en el mercado. Por lo tanto, volvemos a ver como el conjunto de empresa es un concepto muy complejo dado que esta es un todo unitario de bienes de diversa naturaleza.* Por lo que cuando se transmite una empresa ha de hacerlo con su todo, no con cada elemento por su cuenta; vemos por tanto que este es el concepto jurídico de empresa.

BROSETA: *Organización de capital y trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes y servicios en el mercado*

La empresa se halla integrada por una pluralidad de elementos de diversa naturaleza cuya adecuada organización realiza el empresario

Elementos de la empresa:

- Relaciones Laborales que ligan al empresario con los obreros y empleados que prestan en la empresa sus servicio. Régimen: **Derecho laboral**
- Bienes muebles e inmuebles. Régimen: **Derecho civil**
- Derechos de propiedad industrial (marcas, patentes, modelos de utilidad, nombres comerciales). Régimen: **Derecho mercantil**
- Relaciones jurídicas de naturaleza contractual (compraventa, suministros). Régimen: **Derecho mercantil**.
- Situaciones de hecho



Su transmisión exige la imposición al empresario cedente de obligaciones de no hacer (prohibición de competencia)

▪ **Fondo de comercio (goodwill):** Activo inmaterial capaz de generar beneficios futuros para la empresa (prestigio, reconocimiento, clientela, *Know-how*, marcas) La adecuada **organización de los diferentes elementos de la empresa**, constituye un factor relevante en la atracción por parte de aquélla de la clientela y, por consiguiente, en el éxito de la misma. Esa potencialidad de éxito no constituye un bien en sentido técnico-jurídico, sino simplemente un **valor**. La correcta reorganización de los elementos de la empresa dota a la misma de un valor superior (una plusvalía) a la suma de los valores individuales de cada elemento. Esto es lo que se denomina Fondo de comercio.

Lección III La Empresa**Capítulo VIII La empresa como objeto del tráfico jurídico****Capítulo VIII La empresa como objeto del tráfico jurídico**

Ahora nos vamos a centrar en este tema a la cuestión de la cesión de empresa, que puede hacer un empresario con su empresa, como es la compraventa de empresas, el arrendamiento de empresa o de negocio *por ejemplo yo tengo un local por el que tengo una cafetería, rento la cafetería con su todo, incluido los trabajadores, eso es un arrendamiento de negocio*, pero es que además se puede establecer sobre la empresas usufructos de empresa (no se usan apenas) y el más importante que es la hipoteca de establecimiento mercantil.

Nuestras leyes no regulan estas transmisiones de empresas, pero sí que se mencionan y que por tanto se da que sí que lo permita, luego el 44.2 del estatuto de los trabajadores menciona la sucesión de empresa, por lo que cuando se transmiten una empresa el adquirente se subroga en los contratos laborales de los trabajadores de la empresa.

Capítulo VIII A. Compraventa de empresa

Es un negocio arquetípico, es decir un modelo de negocio en el que se inspiran el resto de los negocios que se puede hacer sobre la empresa, es decir es el negocio modelo de la transmisión de empresa.

Este presenta una extraordinaria envergadura económica y resulta muy frecuente en el tráfico, esta se define como el negocio por el cual un empresario se obliga a transmitir la empresa a otra la titularidad de la empresa a cambio de un precio cierto. Por lo que lo definimos como “Contrato por virtud del cual un empresario (vendedor o transmitente) se obliga a entregar a otra persona (comprador o adquirente) la titularidad jurídica de una empresa, a cambio de un precio cierto”.

Este es un contrato atípico (en cuanto carece de regulación en nuestro Ordenamiento) a través de cual se transmite de forma definitiva la empresa (El proyecto de Código disciplina este contrato en su Libro I Título III Sección 2^a). Para que exista CV de empresa es necesario que se transmita un conjunto organizado de elementos en funcionamiento, cuya explotación desea continuar el comprador; no habrá CV de empresa cuando lo que se transmita sea un conjunto desorganizado de elementos que dejó de funcionar o que aún no ha sido explotada. El contrato de CV de empresa es un contrato mercantil por su objeto; sometido, pues, a las disposiciones generales del C. de c. en materia de contratos.

La distinción entre venta directa de empresa (que es la que va a ser objeto de estudio en este capítulo) que supone una transmisión en sentido jurídico de los bienes y derechos que conforman una empresa y la venta indirecta en la que no existe desplazamiento patrimonial, sino un cambio en la titularidad de las cuotas de capital social, lo que permite al nuevo adquirente hacerse con el control de la empresa (societaria).

Lección III La Empresa

Capítulo VIII La empresa como objeto del tráfico jurídico

De las anteriores ha de distinguirse entre la venta directa y la indirecta, nosotros nos centramos en la directa, pero hay formas de hacerlo de forma indirecta como sería la transmisión de todas las acciones de una empresa, dado que el efecto de hacer esto es lo mismo que una venta de empresa.

Se da que es importante saber que el contrato de venta de empresa es un contrato de objeto único, dado que entendemos que la empresa es un todo habiendo un solo contrato, dándose que haya una transmisión de cada uno de los elementos de la empresa en relación con su propia regulación, pero habiendo un único contrato.

Estos elementos se transmitirán según:

- Bienes inmuebles:** se transmitirán mediante otorgamiento de escritura pública e inscripción en el registro de la Propiedad.
- Bienes muebles:** su transmisión se llevará a cabo mediante la entrega material o puesta a disposición o incluso mediante mera entrega simbólica.
- Derechos incorporados a títulos-valores** se transmiten mediante endoso (títulos a la orden) o entrega material (títulos al portador) o sustituyéndolo por otros (título nominativo). Estos son documentos que incorporan un derecho de crédito, por el cual es un papel que tiene el valor de un crédito a pagar o a cobrar. El ejemplo clásico es el de la lavadora, voy al corte inglés para comprar una lavadora de 3000€ no tengo dinero y me expedirán 3 letras de cambio por la cual se me obliga a pagar la letra en la fecha de vencimiento, por lo que por cada fecha pagaría cada parte del precio, en estas tanto el "librador" como el "tomador" serán el corte inglés mientras que "deudor" sería yo; Estos títulos se transmigran según sus leyes de circulación, por la cual quien tenga el papel tendrá el derecho, salvo que se anule, por lo que si se cobra por alguien siendo el derecho al portador el banco habrá de pagarla "porque todos nos hemos creído que ese documento es una obligación" por lo que estos valores al portador se transmiten con su simple entrega.

Estos se pueden emitir de 3 formas: **nominativos, a la orden y al portador**. Si el título es nominativo pondrá "se le entregará a Soraya Márquez, no a la orden"; en el a la orden pondrá lo mismo, pero sin el término "no a la orden", por lo que Soraya podrá emitir un endoso por el que le puede transmitir este a otro. Por lo que sí es nominativo se ha de transmitir como cualquier crédito personal, por medio del régimen del 347 y 348 del CCom, el cual es más riguroso y menos ágil que el de la transmisión de valores mediante endoso. En los que son al portador, estos se entienden con la mera entrega y se confiará que el portador es quien ha de cobrar.



Lección III La Empresa

Capítulo VIII La empresa como objeto del tráfico jurídico

- Derechos de propiedad industrial (marcas, patentes, diseños...): su transmisión requiere forma escrita e inscripción en el Registro de la Oficina Española de Patentes y Marcas.

Para este contrato se encuentra la forma abierta es decir con libertad de forma: art. 51 C. de c. En relación con su forma rige el principio de libertad de forma; aunque por la complejidad del objeto transmitido se recomienda la formalización del contrato en escritura pública. Se recomienda, además, que Escritura Pública incluya un INVENTARIO de los elementos que integran la empresa y que serán objeto de transmisión, esto se hace para evitar la duda sobre qué elementos son los que se transmite, por lo que si no se da un inventario es necesario que se transmitan los elementos mínimos para que la empresa funcione con los elementos mínimos para que la empresa era capaz de funcionar con el mismo rendimiento que tenía, pero esto no es para nada obligatorio, solo facilita y suprime la litigiosidad.

Cuando hablamos de transmisión de empresa no es apropiado hablar de propiedad de la empresa sino de titularidad de la empresa, dado que no todos los elementos son susceptibles de propiedad, por lo que se aconseja usar el término titularidad en vez de propiedad.

El Título jurídico que liga al empresario con su empresa NO se puede reducir a un derecho de propiedad sobre la empresa. La naturaleza compleja de la empresa, compuesta también por elementos inmateriales y relaciones fácticas y jurídicas no susceptibles de dominación jurídica (la organización, la clientela, las expectativas, las relaciones contractuales de trabajo, servicio, crédito, suministro, seguro, banca, etc.) obliga a hablar de titularidad de la empresa más que de propiedad de la empresa.

Ahora vemos como se da una distinción en función si existe o no un inventario en cuestión a la determinación de los elementos transmitidos dado que si existe, deben entregarse todos los elementos incluidos en el inventario. Si no existiera, el vendedor debe entregar los elementos esenciales de la empresa para que el adquirente pueda explotarla en las mismas condiciones y con el mismo nivel de productividad del antiguo empresario. Además de la entrega efectiva del objeto: pluralidad de transmisiones.

8. Obligaciones específicas

8a. Las del vendedor

Imposición de **obligaciones de hacer** como forma de transmitir la organización: comunicar conocimientos, procedimientos de producción (Know-how⁶), estrategias, redes, listas de clientes y proveedores...

Imposición de **obligaciones de no hacer**: Prohibición de competir: La transmisión de la clientela y las expectativas de ganancias se consigue imponiendo al transmitente una obligación negativa de no hacer: prohibición de hacer competencia al empresario adquirente (inspiradas en la buena fe contractual), esta es esa prohibición que ya mencionamos en su momento. Esta prohibición de competencia no es absoluta ni en el tiempo ni en el espacio. El **transmitente deberá abstenerse de competir en la zona o zonas que puedan perturbar al adquirente y durante**

CONTENIDO OBLIGACIONAL DEL CONTRATO DE CV DE EMPRESA.

PARTICULARISMOS:

A. NECESIDAD DE DETERMINAR LOS ELEMENTOS TRANSMITIDOS

➤ Distinción en función de si existe o no INVENTARIO. Si existe, deben entregarse todos los elementos incluidos en el **Inventario**. Si no existiera, el vendedor debe entregar los **elementos esenciales** de la empresa para que el adquirente pueda explotarla en las mismas condiciones y con el mismo nivel de productividad del antiguo empresario.

➤ Entrega efectiva del objeto: pluralidad de transmisiones.

B. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL VENDEDOR: La especial naturaleza del objeto transmitido dota a la obligación de entrega del vendedor de un contenido especial:

➤ **Imposición de obligaciones de hacer** como forma de transmitir la organización: comunicar conocimientos, procedimientos de producción (Know-how), estrategias, redes, listas de clientes y proveedores...

➤ **Imposición de obligaciones de no hacer**: Prohibición de competir: La transmisión de *la clientela y las expectativas de ganancias* se consigue imponiendo al transmitente una obligación negativa de no hacer: prohibición de hacer competencia al empresario adquirente (inspiradas en la buena fe contractual).

La prohibición de competencia **no** es absoluta ni en el tiempo ni en el espacio. El transmitente deberá abstenerse de competir en la zona o zonas que puedan perturbar al adquirente y durante el tiempo necesario para que éste consolide para sí la clientela y las expectativas de ganancias. Una cláusula que extienda la prohibición de competencia más allá de los límites necesarios para consolidar la clientela, podría reputarse como pacto colusorio o restrictivo de la competencia (El Código mercantil Proyectado fija dicha obligación de no hacer en 2 años art. 132.11).

Los elementos mínimos para que la empresa funcione con los elementos mínimos para que la empresa era capaz de funcionar con el mismo rendimiento que tenía, pero esto no es para nada obligatorio, solo facilita y suprime la litigiosidad.

⁶ Las fórmulas de márketing, la forma de producción y demás secretos y políticas de la empresa.

Lección III La Empresa

Capítulo VIII La empresa como objeto del tráfico jurídico

el tiempo necesario para que éste consolide para sí la clientela y las expectativas de ganancias. Una cláusula que extienda la prohibición de competencia más allá de los límites necesarios para consolidar la clientela podría reputarse como pacto colusorio o restrictivo de la competencia- (El Código mercantil Proyectado fija dicha obligación de no hacer en 2 años art. 132.11; pero el actual ordenamiento no lo previene y por lo tanto simplemente existe esa prohibición genérica).

Es por lo tanto recomendable que se interponga en el contrato expresamente el tiempo y zona en la que no se debe hacer competencia y con ello evitar litigios. Cuidado con establecer pactos colusorios, que son contrarios a la libertad de empresa (pongo un plazo de 10 años para el no ejercicio).

Reglas sobre cesión de créditos y deudas

Lo normal es que al vender la empresa sé de qué el empresario tenía créditos que se le debían, estos no se transmiten automáticamente, por lo que el primer requisito es que se pacte la transmisión, el segundo requisito es que se le notifique al deudor, para que no se solicite como pago legítimo si se le paga al cedente.

Los créditos están vinculados a los títulos-valores dado esto se da que para ajustar esto hemos de irnos a la ley de circulación del crédito, y para esto hemos de ver cuál es el tipo de título; por lo que si cuando transmitimos la empresa pactamos que también te transmito el título valor, esto se hará según el tipo; por lo que si el título se emitió con las características de NO A LA ORDEN hay de aplicar los artículos de la cesión de créditos.

Entendemos que un título-valor es un valor que es naturalmente transmisible, es decir es una forma de zanjar una deuda, cuando el endosante María le endosa el cheque a Cristina para pagarle su deuda, ocurre que por medio del endoso se lo transmite a Sion a la que le debía el dinero; cuando pone que no es a la orden, lo que no permite es hacer el endoso. Pero si se hace el cheque al portador o a la orden, se puede transmitir el cheque por endoso, por lo que la cadena de endoso puede ser tan larga como se quiera, pero esto solo cuando es nominativo, cuando no lo es hay que ver el código cuando regula la cesión ordinaria de créditos.

Si al vender la empresa se pacta que se transmite, se da que si el cheque es nominativo (porque no aparece la cláusula "no a la orden") se puede transmitir por endoso, mientras que si no es nominativo, se hará por las reglas de cesión ordinaria del crédito; si el cheque fuera al portador vale con la "traditio", es decir con la simple entrega.

Los créditos a favor no son lo único que se pueda ceder, sino que también se puede pactar que se ceda con las deudas, sin embargo, en este caso además del pacto, es necesario el consentimiento del acreedor, debido a que por la propia solvencia o confianza que le genera el nuevo deudor el acreedor tendrá la posibilidad de aceptar o no la cesión. Esto se funda en el mismo código civil, el cual en relación con la novación de deudas en el 1205 del Código Civil nos dice que esa novación no se pueda hacer sin el consentimiento del acreedor.

1. REGLAS SOBRE CESIÓN DE CRÉDITOS Y DEUDAS

➤ Cesión de Créditos:

- **Regla:** La mera transmisión de la empresa no implica la de los créditos de que sea titular el transmitente. Para que la cesión de créditos se produzca, resulta preciso:
 - **Acuerdo entre Vendedor y Comprador**
 - **Notificación al Deudor** a fin de privar de eficacia liberatoria al pago que el deudor pudiera realizar al cedente (arts. 347 y 348 C. de c.)

▪ **Créditos incorporados a títulos valores. Ley de circulación:**

- Letras de cambio, cheque o pagaré con cláusula «no a la orden»: mediante cesión ordinaria.
- Letras de cambio, cheque o pagaré sin cláusula «no a la orden»: mediante endoso (negocio típico de circulación de los títulos valores)
- Títulos al portador : mediante *traditio*

➤ Cesión de Deudas:

- **Regla:** La transmisión de la empresa tampoco implica, en principio, la asunción por el adquirente de las deudas que el transmitente tuviera contraídas. En este caso se exige:
 - **Acuerdo entre Vendedor y Comprador**
 - **Consentimiento expreso de la transmisión por el Acreedor** (art. 1205 C.c. «La novación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero NO sin el consentimiento del acreedor»).

Cesión de
créditos

cesión de
deudas

pacto

notificación

pacto

consentimiento

Lección III La Empresa
Capítulo VIII La empresa como objeto del tráfico jurídico
Particularidades en la transmisión de deudas

Cesión de deudas laborales: responsabilidad solidaria durante tres años del cedente y adquirente respecto de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. Debido a esto el trabajador podrá reclamarle el pago de esto (por ejemplo, el despido improcedente) a cualquiera de los dos de forma solidaria.

Cesión de *deudas fiscales*. Art. 42 LGT: responsabilidad solidaria del antiguo adquirente y el nuevo por las deudas tributarias contraídas por el anterior titular, SALVO:

Que el **adquirente haya obtenido de la Administración tributaria certificación** de las deudas, sanciones y responsabilidades pendientes (se responde hasta la suma certificada). Esto es que la Agencia tributaria le indique cuantas deudas le debe el cessionario, por lo que si la solicita el nuevo adquirente solo responde hasta la susodicha cantidad, se da que si esta no se expide en tres meses o bien es negativa (que no tiene deudas) no respondería por estas deudas fiscales.

En los casos de **enajenación de empresa de un deudor concursado**, conforme al art. 224 TRLC, el adquirente no asumirá la obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado (excepción deudas salariales y frente a Seguridad social). En estos casos el nuevo adquirente no absorbe, ni responde de las deudas fiscales del deudor concursado. Esto se hace para fomentar que alguien compre la empresa, intentando fomentar que ocurra la compraventa de empresa y se preserve la misma. Lo que suele pasar sobre esto en la realidad es que independientemente de lo que se diga, lo que se suele hacer es hacer la constitución de un fondo para la eventual aparición de **pasivos ocultos**, siendo algo recomendable, que se constituyan estos fondos en metálico o bien por la prestación de un abal.

Prestaciones de **Seguridad Social** causadas antes de la transmisión: Responsabilidad solidaria del transmitente y el adquirente. Con estas deudas con la seguridad social se protege de nuevo al trabajador y por ello se le da responsabilidad solidaria.

Deudas **derivadas del contrato de seguro** (primas pendientes). El transmitente y el adquirente responden solidariamente del pago de las primas de aquellos contratos que tuviera la empresa y estuvieran vencidas en el momento de la transmisión (art. 34.2 LCS). Estas serán asumidas de forma solidaria entre los dos *El seguro de los incendios de la empresa que no he pagado.*

Contabilidad

Además, es obligación del empresario la llevanza de los libros de contabilidad, esta supone que el empresario deba llevar los dos libros obligatorios los cuales son "el libro de inventario y cuentas anuales" y "el libro diario".

Se da que el libro de inventario y cuentas anuales a su vez se compone de 5 aunque dos de estos no es obligatorio salvo ciertas empresas: "Balance de situación", la "Cuenta de pérdidas y Ganancias" el "Estado de Cambios en el Patrimonio Neto" (ECPN) el "Estado de Flujos de Efectivo" y la "Memoria".

Cuando se vende la empresa, el vendedor tiene el deber de guardar los libros durante 6 años, y el comprador tiene derecho a conservarlo, y a consultarlos.

Contratos en curso

El empresario que transmite una empresa a menudo es parte en una pluralidad de contratos, estipulados con terceros, indispensables para la explotación de la empresa (ctos. de arrendamiento de local, de suministro de materia prima, de seguros). Es necesario determinar si esos contratos son cedidos o no con la empresa de manera automática. La cesión de un contrato implica la subrogación de un tercero (el adquirente de la empresa) en la

Lección III La Empresa

Capítulo VIII La empresa como objeto del tráfico jurídico

posición contractual del cedente. Una modificación de esa naturaleza exige el consentimiento de la otra parte del contrato. En consecuencia y, con carácter general, la cesión de contratos en curso **exige acuerdo del vendedor, del comparador y del tercero** con el que el transmitente (Vendedor) hubiera celebrado el contrato.

Esta es la regla general, pero hay excepciones, que son los supuestos en los que se transmiten automáticamente, OPE LEGIS, es decir, por imperio de la ley. Esto se da en los **contratos de trabajo**:

Los cuales son uno de los supuestos de subrogación legal, de modo que el adquirente queda subrogado ex lege en la posición jurídica del transmitente, con independencia de que se hubiera previsto en el contrato o, incluso, en contra de cualquier pacto que se hubiera podido incluir por las partes. Así, la transmisión del negocio no extingue la relación laboral de los trabajadores que presten sus servicios en el establecimiento: el adquirente queda subrogado ope legis en los derechos y obligaciones del anterior titular. La transmisión debe comunicarse a los representantes de los trabajadores antes de que tenga lugar, indicando la fecha prevista, las causas de la transmisión, así como las consecuencias económicas, jurídicas y sociales para los trabajadores de la medida prevista.

Esto es así debido a la cuestión social, pero principalmente a la definición de empresa, la cual al ser un "conjunto organizado de capital y trabajo" por lo que van integrados en la empresa, por lo que los trabajadores no van con el empresario sino con la empresa.

Luego se da la **cesión del contrato de alquiler**, la cual no es legal, sino negocial; esto se hace así fado que si tengo un negocio, en un local que no es mío sino que está arrendado, cuando se transmite la empresa, se transmite "el capital y el trabajo" por lo que se produce una cesión automática del alquiler del local, sin que se produzca un consentimiento del arrendador, siendo solo necesario NOTIFICAR que se va a probar la cesión; ha de notificarlo dado que la ley permite que en este caso, me pueda subir la renta hasta un 20%.

Seguro

La ley para evitar que al cederse la empresa se quede sin cobertura hace la cesión automática; se da que en los contratos de seguro hay tres elementos personales: **Asegurador**, el cual sería la compañía de seguros (*línea directa*); el **Asegurado**, es el titular del interés; y el Tomador del Seguro, será el que contrata con la compañía y el encargado del pago de la prima del seguro.

Se da que en este caso la ley establece una cesión automática del contrato de seguro, haciendo que el contrato se subrogue totalmente, siendo necesario que el transmitente le notifique a la compañía de seguros la cesión, por lo que, por 15 días, tanto el nuevo adquirente como la compañía tienen la posibilidad de extinguir el contrato.

Marcas

Las marcas son un símbolo distintivo de una empresa en sus productos con respecto al de sus competidores, esta durará por el tiempo indefinido mientras se pague la misma. Esta es por tanto uno de los valores más cuantificados de una empresa, por lo que la venta de una empresa lleva una cesión automática de la marca, salvo que las partes acuerden que no se transmite; según la ley de marcas, ha de darse que esto se dé por escrito y deberá inscribirse en el registro de marcas.

Parente

Una patente es la reserva o derecho de la innovación sobre unos años determinados por la ley por el hecho de inventarlo; esta es por tanto un derecho exclusivo de explotación dada como premio por la invención.

Al igual que en las marcas la venta de una empresa lleva una cesión automática de la patente, salvo que las partes acuerden que no se transmite; según la ley de marcas, ha de darse que esto se dé por escrito y deberá inscribirse en el registro de patentes.

Lección III La Empresa
Capítulo IX Arrendamiento de empresa

8b. Las del comprador

Es el pago del precio, el cual será el que hagan determinado las partes y podrá establecerse que se haga además una auditoria de compra, es decir que unos expertos analicen cual es el riesgo financiero, mientras se hace esto, lo que se hace es firmar una carta de intenciones, en la que se establece es un posible precio de venta, los pasos a seguir, junto con los datos, estos son marcados como no vinculante; esto es lo llamao como la Due Diligence.

El precio puede ser calculado elemento por elemento, indicando en el contrato el valor atribuido a cada uno de ellos. Ello, no obstante, en determinadas hipótesis, el precio se calculará atendiendo no sólo al valor neto patrimonial –diferencia de valor entre el activo real y el pasivo- de los elementos integrantes de la empresa sino, además, al valor del “fondo de comercio” (goodwill), esto que ya vimos es una plusvalía, es decir un valor superior o añadido de la empresa.

Los factores de los que depende la valoración del fondo de comercio, hay algunos que son subjetivos, que están basados en la capacidad del empresario para crear, conservar y acrecentar la clientela; otros son objetivos y se basan en las condiciones misma de la empresa. No varía, aunque cambie la persona del empresario (p.e. capacidad de producción de una fábrica a determinados costes).

Capítulo IX Arrendamiento de empresa

Cuando se arrienda el negocio, se da un arrendamiento de empresa, es importante distinguirlo del arrendamiento de local, debido a su legislación, el arrendamiento de empresa, dado que este no se regula, este tiene su primera fuente en la voluntad de las partes⁷, siendo por tanto un contrato atípico.

Es un contrato en virtud del cual una persona cede a otra la explotación de un negocio, por lo que traemos otra vez la definición de empresa, y entendemos que lo que se arrienda es ese todo.

El supremo entiende que existe un arrendamiento de empresa si cuando el local con todo lo que seria el conjunto de una empresa, es alquilado, es por tanto un alquiler de empresa aunque nunca se haya explotado o la explotacion hubiera cesado en algun momento.

Se da que el regimen aplicable sea que en nuestro Ordenamiento el arrendamiento de empresa carece de regulación legal, quedando pues sometido a lo dicho en el contrato, en lo no previsto por las partes, a las disposiciones generales del Derecho civil (arts. 1542 y ss.), las cuales poseen naturaleza dispositiva. Habida cuenta de la naturaleza del objeto arrendado, el arrendamiento de empresa es un arrendamiento especial, diferente del arrendamiento de cosa concreta y determinada que contempla CC. Esta es la razón por la que las normas del CC deben aplicarse con cierta flexibilidad. En consecuencia, las partes deben, en uso de la autonomía de la voluntad,

⁷ El de local se regula en la ley de arrendamientos urbanos

Lección III La Empresa

Capítulo IX Arrendamiento de empresa

determinar de manera minuciosa, el régimen aplicable al arrendamiento; las partes del CC que no concuerdan con una empresa, dada su no calificación como cosa, se da que no se apliquen.

9. Obligaciones

9a. del arrendador

Este tendrá la obligación de entregar la empresa, siendo tanto los elementos materiales (tangibles) como los inmateriales (intangibles); se da que sea recomendable el realizar inventario. Es además tal como hemos dicho que se dé la inaplicabilidad de los arts. 1.545 Cc (la exclusión del arrendamiento de los bienes fungibles: se sustituye por la prestación por equivalente de los bienes fungibles consumidos) y 1.561 Cc (devolución de las cosas tal como se recibieron), en este caso lo que se dará será la devolución de la empresa en un estado en el que pueda ser explotada.

El arrendador no solo tendrá una obligación de dar a información y demás, es decir un obligación de cooperación activa que consiste en una obligación de hacer. Mientras que las Reparaciones Necesarias se da que las ordinarias, que son los deterioros propios del uso son del arrendatario, cosa que ya veremos; el arrendador tendrá que hacer frente a las extraordinarias, además de que será a cuenta suya las inversiones nuevas debidas a las obsolescencia.

Además es deber del arrendador es el **Sanear la Empresa** por vicios y perturbaciones durante la vigencia del contrato; además de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa arrendada, impidiendo que con posterioridad a la entrega pueda el arrendador desplegar actividades que perturben el buen desarrollo de la empresa por parte del arrendatario (art. 1.554 Cc), esto se puede dar si el arrendador hiciera o bien competencia o dañara la posibilidad del ejercicio de la empresa al arrendatario; por lo que además se da una Obligación de no hacer: No hacer competencia al arrendatario de la empresa; obligación que se vincula al mantenimiento del goce pacífico, además, de la de hacer entrega de la clientela.

En cuanto a la entrega del negocio deberá seguirse un régimen parecido al del caso de la venta, en relación con la delimitación del negocio. Por ello la JP viene señalando en estos casos que a la hora de la entrega se efectúe un inventario con la relación de los bienes que componen el negocio.

9b. Del arrendatario

Este deberá pagar la renta, según lo que estipulen las partes, pero es que además se tendrá no solo el derecho, sino la obligación de explotar la empresa destinándola al uso convenido; haciéndose cargo de las obras que sean reparaciones ordinarias; además de que ha de devolver la empresa en estado viviente con equivalencia de bienes fungibles consumidos.

Este tiene también la obligación de no hacer competencia tras la devolución, de acuerdo con los límites geográficos, temporales pactados o en su caso, con los que se entiendan razonables; recordemos no incurrir en pacto colusorio.

Se da que además se pueda pactar en el contrato que se den una compensaciones, es decir que, si con su actividad el arrendatario ha incrementado el valor de la empresa, se da que haya una compensación en concepto de premio; mientras que si ha habido una pérdida de valor sé de qué deba dar una indemnización al arrendador.

La extinción del contrato puede pasar o bien por el transcurso del tiempo, por el acuerdo de las partes o una RESOLUCIÓN en caso del incumplimiento por parte de cualquiera de las partes; este último lo vemos en el 1256CC, el cual prevé la resolución del contrato por incumplimiento de cualquiera de las partes.

Capítulo X Otras figuras contractuales

Capítulo X A. La hipoteca sobre el establecimiento mercantil

Debido a que una empresa es un conjunto organizado de capital y trabajo, siendo por tanto un hecho que no es hipotecable, lo que sí se puede hipotecar es el emplazamiento mercantil, es decir la hipoteca mobiliaria además del local, adquiriéndose aquí no la venta de los bines hipotecados, sino el derecho de explotar la empresa como arrendatario, por lo que para hacer esto el arrendador de empresa ha de ser o bien propietario de la empresa, o bien arrendatario con derecho de traspase.

Por lo tanto decimos que la hipoteca de empresa, realmente es la hipoteca del establecimiento mercantil, el cual tiene cierta característica que lo que hace es que aquel que es acreedor hipotecario lo que adquiere es el derecho de ser arrendatario con derecho de traspaso, esto se utiliza con escasa frecuencia debido a que ya no existe la prórroga forzosa de los arrendamientos que se eliminó en 1995; se da que lo que ocurre es que el acreedor hipotecario que no pasa a ser propietario sino arrendatario, lo que ocurre es que como no tiene un derecho de prórroga forzosa, no se da ninguna garantía.

Ante cuando existía la prórroga forzosa, y se obligaba a renovar el contrato, sí que otorgaba cierta garantía, pero hoy no. Los requisitos legales para poner esta es que se sea propietario o arrendador con derecho de traspaso del establecimiento mercantil.

Lo que se da es que si en vez de propietario soy arrendador no otorgo garantía a mi acreedor, dado que cuando se extingue mi contrato se extingue todo.

Por esto para establecer esta hipoteca, en conjunto a su contrato se ha de establecer un contrato de arrendamiento; dándose que si lo que se da es que si el deudor fuera un arrendatario lo que el acreedor obtiene es un traspaso del derecho del deudor, subrogándose en las mismas condiciones que el otro.

Esta se extiende de forma necesaria al establecimiento mercantil es decir al local, y las instalaciones fijas, mientras que lo que se puede pactar para que no entre son los elementos de propiedad industrial y comercial y mobiliario, maquinaria, utensilios y demás instrumentos de producción o trabajo. Los elementos Convencionales (mediante pacto expreso) son las mercancías y las materias primas.

Extensión:

- **Necesaria:** arrendamiento del local e instalaciones fijas
- **Normal** (salvo pacto expreso): + elementos de propiedad industrial (marcas, nombre comercial) y mobiliario, maquinaria, utensilios y demás instrumentos de producción o trabajo.
- **Convencional** (mediante pacto expreso): + mercancías y materias primas
- **Por subrogación:** + indemnizaciones concedidas

Finalmente, la LHMPD prevé, además, la posibilidad de constituir hipotecas sobre algunos elementos singulares de la empresa: maquinaria industrial, vehículos de motor matriculados, patentes, modelos de utilidad. También se prevé la constitución de prenda, sin desplazamiento (esto es, permaneciendo en poder del deudor ignorante), sobre materias primas y mercancías.

Capítulo X B. Usufructo de la empresa

Este es un derecho totalmente residual, el más común es el viudal, que constituye el empresario que fallece, y que le da a la viuda como usufructuaria, para que tenga el derecho de uso y disfrute, es decir el derecho por el que la usufructuaria va a usar y disfrutar de la empresa, con la obligación de conservar la empresa. Siendo una situación bastante parecida al arrendamiento de empresa, pero con condiciones y obligaciones más estrictas.

Sobre estas el usufructo impone al usufructuario como contrapartida un conjunto de obligaciones más extenso y riguroso que las que se imponen al arrendatario (obligación de mantener la identidad de la empresa -lo que supone su explotación efectiva-; realizar a su cargo las reparaciones ordinarias y extraordinarias; restituir al término del usufructo las cosas consumidas).

Capítulo X C. Transmisión mortis Causa de la empresa

La empresa también puede ser objeto de transmisión mediante sucesión mortis causa testada o intestada, esta figura existe debido a la idea de la conservación y preservación de la empresa, esto nace en el ámbito de la idea de la conservación del negocio mercantil, y por ello se hace que los herederos del empresario fallecido podrán continuar explotando la actividad mercantil, se hace que si existiera un actor o gerente (apoderados generales en terminología actual): En tal supuesto, podrá continuarse con el ejercicio de la actividad empresarial hasta el momento en que los herederos asuman como empresarios el desarrollo del ejercicio de la actividad empresarial, y esto porque con el fallecimiento del empresario, los poderes que tenía el apoderado general NO se extinguieren (290 C. de c.). Esto enlaza con lo que veremos en el próximo tema que es el de los auxiliares de los empresarios, se considera que el factor es el alter ego del empresario, por eso se le permite continuar con la actividad, actuando mediante los poderes generales que le ha otorgado el empresario, no extinguéndose esos poderes hasta que los herederos la acepten.

Por lo que si se tiene un factor nombrado este continuara con las actividades dándose que una vez que los herederos se hacen con el negocio como empresarios, podrán continuar contando con ese apoderado general o prescindir de él.

Si se diera que no hay un factor nombrado se puede dar que le corresponderá al albacea testamentario o al administrador judicial e incluso al propio llamado a heredar, la continuación de la actividad (arts. 901 y 902.4.^º Cc).

Una idea que nace de esto es la preservación de la unidad económica, patrimonial y funcional, en la cual es interesante ver el 1056 del Código Civil. Se da que *Maria que es la empresaria quiere que la empresa se la quede uno solo de sus tres hijos, pero además de la empresa solo tiene un terreno, se da que al darle la empresa a un solo hijo se excede de la legítima; haciendo que el resto se lleve menos* ¿Cómo equilibraremos la idea de que la empresa no se divida y se conserve quedándosela él y solo el hijo que desea? En el artículo el legislador lo que hace

Artículo 1056 C.C.

Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzados.

El testador que **en atención a la conservación de la empresa** o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, **disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados**. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No se aplicará a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844.

es que el pago de la legítima se permite que sea extrahereditario, por lo que lo que se hace es que el que hereda la empresa pueda compensarlo con su propio patrimonio (los frutos de la empresa se integra en su patrimonio), la parte de la legítima que le debería corresponder en el plazo de 5 años como máximo.

Lección III La Empresa
Capítulo X Otras figuras contractuales

Dejando esto si lo que el testador lo que quisiera es que la empresa sea heredada por sus 3 herederos se da que lo que va a constituirse es una comunidad incidental de forma inicial, se da que esta situación no se puede prolongar en el tiempo, por lo que si no establecen una forma jurídica, lo que se forma es una sociedad de hecho o irregular (es decir es una empresa que actúa como sociedad sin serlo), por lo que su forma jurídica será la de la sociedad irregular, y esto significa que va a tener el régimen jurídico más estricto del ordenamiento, (hoy, el de la sociedad cooperativa, por lo que responderán con su patrimonio de las deudas de la sociedad).



Otros preceptos que vemos es el artículo 33 de la LAU, el cual permite en caso de fallecimiento del empresario-arrendatario, a fin de evitar la interrupción de la empresa, que el heredero o legatario⁸ que continúe el ejercicio de la actividad empresarial se subrogue en los derechos y obligaciones del arrendatario hasta la extinción del contrato. Dicha subrogación deberá notificarse por escrito al arrendador dentro de los dos meses siguientes a la fecha del fallecimiento del arrendatario.

Artículo 33 LAU

En caso de fallecimiento del arrendatario, cuando en el local se ejerza una actividad empresarial o profesional, el **heredero o legatario que continúe el ejercicio de la actividad podrá subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendatario** hasta la extinción del contrato.

La subrogación deberá notificarse por escrito al arrendador dentro de los dos meses siguientes a la fecha del fallecimiento del arrendatario.

A esto se le suma el importantísimo artículo 5 del CCom, el cual dice que los menores pueden ejercer el comercio cuando sus padres lo hubieran ejercido previamente; es decir lo que se prevé es que en virtud del principio de preservación del comercio, lo que se le permite es continuar en el negocio que hubieran ejercido sus padres, pero no empezar a dimitir, es decir, un menor no puede ser empresario, pero si se le permite es que continúe con la actividad empresarial de sus padres; este lo hará por medio de sus guardadores, que si no pueden hacerlo lo harán por medio de "factores". En estos casos el empresario es EL MENOR DE EDAD, no el guardador.

Artículo 5 CCom

Los menores de dieciocho años **podrán continuar**, por medio de sus guardadores, el **comercio que hubieran ejercido sus padres o sus causantes**. Si los guardadores carecieren de capacidad para comerciar, o tuvieran alguna incompatibilidad, estarán obligados a nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio.

⁸ Heredero, es a título universal; legatario es a título individual.

Lección IV Empresarios y sus auxiliares

Capítulo XI El empresario

El empresario nos es como tal definido, recordemos que el núcleo duro del derecho mercantil es el Empresario y la actividad externa de este, se da que lo que vamos a estudiar es el Empresario lo cual es un elemento vertebrador del derecho mercantil.

El empresario es aquel que desde el punto de vista económico, aquel que gestiona y organiza la empresa (pudiendo ser un apoderado o un factor o un mancebo), mientras el empresario desde el punto de vista jurídico es la persona física o jurídica que profesionalmente (habitualmente con ánimo de lucro) y en nombre propio desempeña por medio de si o de otro una actividad económica de producción o intermediación de bienes o servicios en el mercado, adquiriendo la titularidad de los derechos y obligaciones nacidos de esa titularidad.

Entendemos que una sociedad mercantil es un empresario que consiste en una persona jurídica, se le llama así porque se le dan los mismos atributos de una persona física; a estas personas se le atribuyen los mismos atributos, es decir, un nombre, una nacionalidad, un patrimonio propio, un domicilio, etc. además de ser responsable de los actos que realiza.

Es decir, en este caso la sociedad es el empresario, por lo que a estas se les puede aplicar el 1911CC, por lo que estas responden con sus bienes presentes y futuros. Para entender esto hemos de decir que la persona jurídica es una ficción a la que se le da los atributos de una persona, por lo que se le puede aplicar el 1911 que es el que establece la responsabilidad, que nos dice que "Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros" por lo que esto se le aplica al deudor el cual es siempre la empresa; cosa distinta es las consecuencias de la formade sociedad que se elija constituir.

Por lo que nos quedamos con la definición "El empresario es la persona física o jurídica que profesionalmente y en nombre propio desempeña por medio de si o de otro una actividad económica de producción o intermediación de bienes o servicios en el mercado, adquiriendo la titularidad de los derechos y obligaciones nacidos de esa titularidad", los socios no responden, lo que pierden es su aportación a la sociedad, dado que las aportaciones de los socios son parte del patrimonio de la sociedad, lo que en todo momento responde es el patrimonio de la sociedad.

Siendo por lo tanto empresario el que recae sobre su propio pecunio el resultado beneficioso o perjuicioso sobre el resultado de su desempeño de la actividad económica que desempeña. Este empresario desempeña la actividad de por medio de una organización que le permite el desempeñar la tarea, la mayor diferencia es que se permite desde el punto de vista jurídico que se sea empresario actuando por medio de otro, pero siempre lo hace por sí mismo, dado que esos que utiliza para el ejercicio de la actividad lo hacen en nombre del empresario.

Capítulo XI A. Evolución histórica del concepto

Recordamos que el derecho mercantil nace con personas que mercadeaban y que lo que hacían era el intercambio de simples productos, estando sometidos a una jurisdicción especial, los que ocurre es que el código de Sainz de Andino les cambia el nombre de mercaderes a comerciante, y el código en actual Vigor lo cambia al termino de empresario (el proyecto de 2013 los llama operadores mercantiles). Se da que a nuestros efectos los 3 términos los vamos a entender iguales, pero se da que son distintos, dado que un mercader solo hace intercambio; mientras que aquel que realiza la actividad industrial o presta servicios es un empresario pero no un comerciante; si bien todos los comerciantes son empresarios, no todos los empresarios son comerciantes.

Lección IV Empresarios y sus auxiliares

Capítulo XI El empresario

En el Derecho mercantil bajomedieval, los protagonistas del tráfico son los mercaderes (personas que actúan en el tráfico realizando una labor de intermediación en el mercado de bienes. Imprescindible su inscripción en el libro de matrícula de mercaderes. Sometidos a una jurisdicción especial). El Código de comercio 1885 designa como protagonista de sus normas al comerciante. Tras la reforma introducida en el C. de comercio en 1973, se introduce el término de empresario (art. 16. CCom), el concepto de empresario es más amplio que el de comerciante; de manera que éste es sólo un tipo de empresario (además, los hay industriales y de servicios). El Proyecto de Código mercantil aún más amplio, el de Operadores de mercado (art. 12)

10. EVOLUCIÓN (comerciantes empresarios industriales empresarios de servicios):

El protagonista del Derecho mercantil desde sus orígenes es el "comerciante (individual)", concepto general que vino a englobar a los "campsores" o banqueros, y a los "drapers" o tratantes en tejidos, para incluir a todo aquel que profesionalmente compra y revende toda clase de productos. Posteriormente, se extiende, además, al industrial, que compra y transforma materias primas y las revende como productos fabricados, o que presta determinados servicios, de comisión, transporte, seguros, etc. Los protagonistas del tráfico mercantil son ya no sólo los comerciantes sino quienes intervienen en el proceso de transformación de productos. Aunque el Código de Comercio, en su redacción originaria de 1885, no conoció el término empresarios para referirse al titular del ejercicio de la actividad empresarial, sino el de «comerciantes; en la actualidad, el término «comerciante» se ha ido sustituyendo, paulatinamente, por el más moderno de empresarios con ocasión de la promulgación de diversa normativa mercantil especial. No obstante, la sustitución del término no se ha realizado en su integridad, conservando nuestro Código de Comercio todavía ciertas referencias residuales del término «comerciante» (art. 1º del Código de Comercio). Actualmente, puede afirmarse que cuando hablamos de «comerciante» y de empresario» nos estamos refiriendo, en términos generales, a una misma realidad.

La Trascendencia del concepto de empresario es importante dado que el hecho de ser empresario le da un: **Sometimiento al estatuto jurídico del empresario** (contabilidad, publicidad registral); además de una **Mercantilidad de los contratos celebrados en desarrollo de su actividad externa**; una **Sumisión de los litigios de los empresarios a la jurisdicción especializada mercantil**.

Distinto del concepto de empresario es el de Emprendedor (Ley 14/2013): cualquier persona física o jurídica que desarrolle una actividad económica empresarial o profesional (art 3.º Ley 14/2013).

Capítulo XI B. Clases de empresario

Empresario individual persona física. (Art. 38 CE libertad de empresa en el marco de una economía de mercado) y **empresario social** (persona jurídica [sociedades mercantiles y algunas fundaciones que cuentan con una estructura empresarial y organización que les permite actuar como verdaderos empresarios -Cajas de ahorro-]). **Las asociaciones por regla general no son empresarios**, salvo que desarrollen actividades instrumentales respecto de los fines asociativos (Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación), que sean propias de un empresario, serían entonces empresarios sociales.

Empresario privado (empresario individual o social) y **empresario público** (persona jurídica cuyo CS es de titularidad pública). A estos últimos no se refiere el C. d c., de corte liberalista, pero si lo reconoce la CE (art. 128 CE iniciativa pública en la actividad económica), esto es, la asunción de actividades empresariales por el Estado quien para ello puede recurrir a la constitución de sociedades mercantiles. Tales sociedades aunque se denominen empresas públicas, se hallan sometidas a la regulación jurídico-privada propia de la sociedad mercantil que corresponda (Sociedad anónima: Sociedad de responsabilidad Limitada, por ejemplo); si los fondos fueran compartidos serían empresario mixto.

Lección IV Empresarios y sus auxiliares

Capítulo XI El empresario

Empresario grandes, pequeños y medianos. Independientemente de cuál sea su tamaño, en nuestro Ordenamiento, todos los empresarios se hallan sometidos a un régimen jurídico único (estatuto del empresario). Ello, no obstante, en materia de contabilidad si se establecen diferencias (art. 25 C. de c. contabilidad adecuada a la actividad que desarrolla) que determina, en función de las dimensiones de la empresa, el sometimiento, por ejemplo, a Planes Generales de Contabilidad diversos (Contabilidad simplificada, por ejemplo).

El artesano, tradicionalmente, ha sido excluido (un. 326) del concepto de empresario, por la propia naturaleza de la actividad artesanal (intervención personal). La Jurisprudencia no lo considera comerciante a efectos legales. El proyecto de Código mercantil incluye expresamente a los artesanos en el concepto de empresario

Empresario comercial, industrial o de servicio. Este criterio clasificadorio reside en la diferente actividad desarrollada de intermediación de bienes y servicios en el mercado, de intervención en el proceso de producción o transformación en el mercado de productos o de servicio.

Ello, no obstante, nuestro Ordenamiento reconoce los empresarios mercantiles por la forma (art. 2 LSC). De este modo, las Sociedades Anónimas, Limitadas y Comanditarias por acciones adecuadamente constituidas adquieren a condición de empresario cualquiera que sea el objeto que desarrollen. Esto significa que se es empresario sin importar la actividad, sino que se le considera empresario por el hecho de conformar una forma, es decir, es el ser empresario por el hecho de recurrir a esa forma jurídica, y es lo que les pasa a las sociedades de capital.

Empresario civil y mercantil. Agricultores y ganaderos tradicionalmente han quedado excluidos del concepto de empresarios. Las razones de la exclusión, entre otras: consideración de tales actividades como economía de subsistencia; actividad ligada al fundo; incidencia del alea que condiciona los resultados de la actividad (razones climatológicas, p.e). Consecuencia: exclusión del carácter mercantil de las ventas de ganaderos y agricultores (art. 326 C. de c.). Sin embargo, la mayoría de los argumentos empleados para la exclusión quedan hoy superados, dado que la actividad agrícola y ganadera no presenta diferencias relevantes con otras actividades mercantiles. Actualmente, el viejo agricultor ha dejado paso a los profesionales de la agricultura y ganadería con una mentalidad y método propio de los empresarios mercantiles. En consecuencia, la actividad de transformación y comercialización de productos agrícolas y ganaderos, más allá de la mera subsistencia, han de ser consideradas mercantiles. El Proyecto de Código mercantil incluye expresamente a agricultores y ganaderos actividades en el concepto de empresario (art 2).

Lo que pasa con respecto a esta excusión es que ha de darse que, por el paso del tiempo, lo que ocurre es que el CCom es de 1895 por el cual en esa época la actividad agrícola y ganadera no se trataba más que en una actividad de subsistencia vinculada al fundo, por lo que los excluyó del concepto de empresario. Si contextualizamos la norma el agricultor tradicional, ha dejado paso a un agricultor profesional, que es tan empresario como otro, por lo que deben estar sujetos a las normas mercantiles.

En cualquier caso, si este agricultor eligiera constituir una forma jurídica (SA, SL, etc.) no se salva y sería empresario por la forma.

Profesionales. Empresarios y profesionales poseen una característica común; **desarrollan una actividad profesional.** Tradicionalmente excluidos por razones históricas. Cuando nace él fue mercatoria, los profesionales liberales no necesitaban del grado de organización de los mercaderes. Se limitaban a trabajar para su subsistencia, sin que solieran recurrir al crédito para financiar su actividad. Se presentaban como "acreedores de honorarios" por la prestación de servicios. Hoy se organizan de modo similar a los empresarios e incluso asumen formas jurídicas mercantiles para el ejercicio de la actividad profesional. En la medida en la que la actuación aislada del profesional se vea sustituida por una labor de equipo, propiciada por la complejidad de las actividades que éstos desarrollan y por las ventajas que lleva aparejada la especialización y división del trabajo, surgen las denominadas sociedades

Lección IV Empresarios y sus auxiliares

Capítulo XI El empresario

profesionales (sociedades constituidas para ejercer en común una actividad profesional). (Tales sociedades se constituirán conforme a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes, art. 1 Ley 2/2007.de 15 de marzo, de Sociedades profesionales).

Un profesional liberal puede ser simultáneamente un empresario (v. gr. Graduado en Farmacia), salvo incompatibilidad legal. El Proyecto de Código mercantil atribuye la consideración de empresarios a las personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado (art. 1-2, apartado b).

11. Empresario individual

El código dice que son comerciantes “los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dediquen a él habitualmente”. Por lo que los requisitos son:

- **Capacidad para el ejercicio del comercio.**
- Habitualidad en el ejercicio del comercio. (Actividad constante y pública, esto es, que el empresario produzca bienes y servicios para el mercado).
- Ejercicio del comercio en nombre propio, lo que permite distinguir al comerciante de sus auxiliares, que son quienes poseyendo capacidad legal para ejercer el comercio se dedican a él habitualmente, pero no en nombre propio sino de su principal, el comerciante. El código olvida un requisito que es añadido por la jurisprudencia, es el pecar en defecto del código dado que olvida el ejercicio en nombre propio, dado que no lo menciona como requisito cuando lo es por lo que lo hemos incorporado antes como requisito.

La prueba de la condición de empresario, no es un problema cuando se da la inscripción en el registro mercantil, pero esta no es obligatoria salvo en los casos de las sociedades mercantiles; cuando se carece de esta inscripción se habrá de demostrar mediante indicios que permitan concluir el ejercicio profesional de la actividad de empresa (arts. 3.^º y 85.II.2^º C. de c.), como la licencia fiscal, afiliación a organizaciones empresariales, publicidad, etc.

12. Capacidad para ejercer el comercio

Aquí se da el pecar por exceso del código que le da la doctrina dado que dice que solo los menores de edad, y como ya hemos visto solo lo pueden hacer cuando continúen el ejercicio del comercio que hubieran seguido sus padres, a través del guardador, por lo que vemos que el código se olvida de esta excepción del artículo 5CCCom.

Por lo que aunque el artículo dice que “Tendrán capacidad para el ejercicio habitual del comercio las personas **mayores de edad** y que tengan la **libre disposición de sus bienes**” en el artículo 4CCCom, se da que aunque un menor emancipado se asimile a al mayor de edad pero carece de la libre disposición de sus bienes, por lo que no podrá ser comerciante en tanto no llegue a la mayoría de edad.

El art. 323 C.c. niega la libre disposición de ciertos bienes al menor emancipado, que por sí no puede tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales y objetos de extraordinario valor, necesitando el consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, del curador.

El menor de edad emos dicho que como EXCEPCIÓN pueden CONTINUAR el ejercicio del comercio que hayan ejercido sus padres o causantes los menores de edad a través de su guardador [o factor nombrados por éste en caso de incapacidad para ejercer el comercio o incompatibilidad], que actuará bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (arts. 5.^º C. de c.). El guardador actúa en nombre y por cuenta e interés del menor a quien corresponde la condición de empresario.

Lección IV Empresarios y sus auxiliares

Capítulo XI El empresario

Adicionalmente se da la existencia de prohibiciones e incompatibilidades que hacen que existan personas con capacidad que, sin embargo, no pueden desarrollar actividades económicas por tenerlo prohibido legalmente (ej. las personas inhabilitadas conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal) o por ser incompatible con la función pública que ejercen (ej. Jueces, Magistrados, miembros del Mº Fiscal) o la actividad que desarrollan (ej. prohibición de hacer la competencia al empresario por parte de sus factores y administradores – aunque el art. 230 LSC prevé la dispensa-). Estas prohibiciones o incompatibilidades pueden ser Absolutas o relativas.

13. Ejercicio habitual del comercio

A esta se le define como la profesionalidad con ánimo de lucro, por lo que es el Ejercicio habitual del comercio significa que el empresario ha de dedicarse profesionalmente a la explotación de su empresa dedicándose a una de las 3 posibles actividades empresariales: la comercial, la industrial y la de servicios. Por lo que para ser empresario ha de dedicarse a la realización de actividades que se consideren mercantiles; haciéndolo además de forma habitual, esto no quiere decir que se exija que esa actividad se desarrolle de forma continuada, dado que caben pases actividades empresariales cíclicas o estacionales. Tampoco se exige que la actividad empresarial sea única ni exclusiva.

El criterio determinante no es la clase de actividad empresarial sino el modo (organización y planificación) en el que esa actividad se desempeña. Ello explica que el lucro, en sentido estricto, no resulte elemento esencial (sociedades de base mutualista. Ventaja patrimonial no materializada en el reparto de beneficios). Es decir, esto significa que la explotación se organice de un determinado modo (*cosa que es lo que en sus orígenes excluía a los profesionales y a los artesanos, dado que estos trabajaban para su subsistencia teniendo un trato directo con el consumidor*)

Recordemos que por lo tanto se excluyen actividades como la agricultura, ganadería, artesanía y las actividades propias de los profesionales liberales y de los artistas. Recordemos que aquel agricultor, ganadero o artesano que se organice como empresario y que busque no la subsistencia sino el lucro debería ser empresarios, pero según el CCom se ven excluidos.

Este ejercicio habitual se establece según la presunción del IURIS TAMTUM el cual está un poco anticuado dado que dice que «Existirá la presunción legal del ejercicio habitual del comercio, desde que la persona que se proponga ejercerlo anuncie por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil» dice esto en el artículo 3.

14. Ejercicio en nombre propio

La jurisprudencia añade este requisito elemental que es el que nos ayuda a distinguir al empresario de sus auxiliares, todos estos sujetos son mayores de edad, gozan de la libre disposición de sus bienes y se dedican con habitualidad al desarrollo de actividades empresariales. Sin embargo, no son comerciantes o empresarios, dado que no lo hacen a nombre propio.

Esto es porque solo el empresario es el dueño del negocio y, no su empleado o representante (que practica la actividad económica en nombre y por cuenta ajena), el que ostenta la condición de empresario. Siendo este el que explota su empresa en su propio nombre, apareciendo como la persona que adquiere los derechos y contrae las obligaciones derivadas de su explotación empresarial.

Lección IV Empresarios y sus auxiliares

Capítulo XI El empresario

Capítulo XI C. La responsabilidad del empresario

Se da que del 1911 del CC sacamos el principio de responsabilidad universal, el cual tenía antiguamente una excepción que existe desde 1975 para la mujer casada, momento en el que hasta ese año esta mujer necesitaba autorización del marido para el ejercicio de la actividad comercial, esto cambia estableciendo la libertad de los cónyuges para el ejercicio de la actividad empresarial, pero como consecuencia de esto, se le hizo una excepción al 1911CC dado que el empresario o empresaria que estuviera casado en régimen de sociedad de gananciales, si uno de estos se oponía expresamente al ejercicio del comercio al inscribirse en el registro mercantil, se daba que si ocurría así solo se respondería por los bienes *ex commercio*⁹.

Estos artículos del 6 al 9 del CCom se han derogado, perdiendo por tanto estos deudores mercantiles el privilegio o particularidad con respecto al resto de mortales, por lo que aplicamos sin más el 1911CC.

El cual nos dice que “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”; no habiendo más excepciones, esto afecta igual tanto al empresario individual como al colectivo (sociedad), en el caso de la colectiva, recordemos que la sociedad que es una persona jurídica responde con su patrimonio siendo este las aportaciones de los socios, por lo que esta responde con todo su patrimonio (*los socios no responden dado que no son el empresario la sociedad es el empresario, estos están limitados a su aportación, mientras que la sociedad lo está de forma ilimitadas [Esto depende del tipo de sociedad, en la COLECTIVA los socios responden de forma solidaria]*).

El naviero tiene por el peligro de la actividad marítima limitada la responsabilidad, siendo una excepción, está la estudiaremos en mercantil II con los contratos de transportes. Luego tenemos otra al **empreendedor de responsabilidad limitada**, la cual surge en el entorno de 2008 momento en el que para intentar paliar la crisis se trató que la población española se animara a emprender, cosa que era complicado en plena crisis económica, para lograrlo se les ofreció a cambio que una determinada parte de su patrimonio se quedara excluida a la responsabilidad por deuda empresariales, originalmente era la vivienda habitual hoy se ha añadido una novedad que es que también quedan exentos los bienes de equipo, con un máximo de 2.000.000€. Los precedentes de esta ley se encuentran en el Derecho portugués y francés, pretende crear un clima favorable que fomente la actividad económica y atenúe los riesgos jurídicos y patrimoniales que suele acompañarla. Desde esta perspectiva, la Ley introduce diversas medidas, entre las que se deben destacar, la creación de la figura del ERL; la creación de los puntos de apoyo al emprendedor (PAE) y el sistema CIRCE que agiliza los trámites constitutivos de sociedades.

Los puntos PAE son un Punto de Atención al Emprendedor (PAE) es una iniciativa del Gobierno español que se encarga de facilitar la creación de nuevas empresas y su desarrollo a través de la prestación de servicios como información, tramitación de documentación, asesoramiento, formación y apoyo a la financiación empresarial

Más que de una auténtica limitación de responsabilidad, lo que se contempla a través de esta figura es la posibilidad de limitar parcialmente los bienes afectos a la actividad empresarial; lo que en última instancia supone establecer una excepción al mandato contenido en el art. 1.911 C. siendo esta parecido a lo que hace el francés que divide en patrimonio civil y mercantil, pero en España no se hace esta división como tal, sino que lo que se hace es excluir ciertos bienes.

Por lo que no hay responsabilidad de la vivienda habitual (propia o común) ni de los bienes de equipo o los que los reemplacen debidamente inscritos en el Rto. De Bienes Muebles (límite: volumen de facturación de los 2 últimos ejercicios). En relación con la vivienda habitual se da que esta se excluya siempre que cumplier estos requisitos:

⁹ Los bienes "ex commercio" son los bienes que el cónyuge comerciante obtiene como consecuencia del ejercicio del comercio. Bajo el régimen gananciales estos bienes ex comercio se denominarán bienes gananciales

Lección IV Empresarios y sus auxiliares

Capítulo XI El empresario

- Valor de la vivienda, no debe ser superior a 300.000 € (en población de hasta 1 millón de habitantes) o 450.000 € (en población de más de 1 millón de habitantes).
- Inscripción del empresario en el RM (con indicación del inmueble o de los bienes de equipo exentos), generalmente no es obligatorio pero para tener este derecho a la limitación, es obligatorio que se inscriba.
- Inscripción en el Registro de la Propiedad y en el Registro de Bienes Muebles de la no sujeción de tales bienes a las resultas de la actividad empresarial en la hoja abierta también.
- El empresario deberá hacer constar en su documentación profesional que es un emprendedor de responsabilidad limitada (ERL), esto ha de hacerlo porque es necesario que los proveedores sepan que esta persona está ejerciendo como emprendedor de responsabilidad limitada.
- Deberá formular y, en su caso, someter a auditoría las Cuentas Anuales. Las cuentas anuales, que ya mencionemos en la obligación del empresario de llevar contabilidad, recordemos que los libros que integran la actividad del empresario el que nos interesa es el “libro de inventario y cuentas anuales”; será necesario que se asemejen al estatuto del empresario, por lo que como empresario habrá de llevar contabilidad y en su caso adicionalmente auditar las cuentas, esto es que las cuentas deban ser un reflejo fiel al patrimonio de la sociedad, lo que hace el auditor es revisar verificar que el contenido del libro sea una imagen fiel del patrimonio¹⁰.

15. Ámbito de la limitación de responsabilidad

No todas las deudas del el empresario son susceptibles de beneficiarse de la limitación de responsabilidad prevista por la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores. Concretamente, podrán beneficiarse de la misma exclusivamente respecto de las que tengan **origen en su actividad empresarial o profesional**.

No queda protegido por tanto respecto de las deudas “particulares” o familiares, ajenas al ámbito empresarial o profesional. Tampoco queda limitada su responsabilidad, aunque tengan origen en su actividad empresarial o profesional:

- Por las **deudas contraídas con anterioridad a adquirir la condición formal** de empresario de responsabilidad limitada (que tiene lugar mediante su inscripción en el Registro Mercantil).
- Por **deudas tributarias o de la Seguridad Social**.
- Pierde este beneficio en caso de **haber actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros**, siempre que así constare acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable.

Esta ley no tuvo el efecto deseado dado que la mayor partes de las deudas que tiene un empresario son las deudas con hacienda y con la seguridad social, por lo que esta ley vendió humo dado que las deudas tributarias y de seguridad social se saltaban la limitación, por lo que esta ley vendía humo.

16. Formalidades

Los trámites necesarios para la inscripción registral del ERL se podrán realizar desde el Punto de Atención al Emprendedor (PAE), mediante el sistema de tramitación telemática del Centro de Información y Red de Creación de Empresa (CIRCE) y el Documento Único Electrónico (DUE). De este modo, la inscripción tanto en el Registro Mercantil como en el Registro de la Propiedad podrá efectuarse en unas 12 horas.

¹⁰ La auditoría de cuentas es la revisión y verificación de las cuentas anuales, estados financieros y/o documentos contables realizados según el Código de Comercio, el Plan General de Contabilidad y las normas que establece el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. El objetivo es verificar si las cuentas presentadas son fieles al patrimonio, estado financiero y resultados de la empresa auditada.

Lección IV Empresarios y sus auxiliares

Capítulo XI El empresario

El emprendedor ha de comparecer ante notario para declarar formalmente su voluntad de adquirir la condición de emprendedor de responsabilidad limitada (ERL). En el acta además se deberá indicar:

- La actividad empresarial o profesional que se va a ejercer, con su código (CNAE).
- La identificación de cuál sea su vivienda habitual, que va a quedar excluida por tanto de la responsabilidad, y su declaración responsable de que no supera el valor máximo legal. También deberán identificarse los bienes de equipo mediante su inscripción en el Registro de Bienes Muebles.

El Notario realizará los trámites oportunos de modo que el ERL quede inscrito en el Registro Mercantil. Todos los ERL son personas físicas.

Una vez inscrito, deberá hacer constar en toda su documentación con expresión de los datos registrales, su condición de «Emprendedor de Responsabilidad Limitada» o mediante la adición a su nombre, apellidos y datos de identificación fiscal de las siglas «ERL»

Capítulo XI D. Fundamentos de la responsabilidad del empresario

En el 1902CC es donde se establece la responsabilidad extracontractual, se da que en este punto todo se da por el tronco común que es el derecho civil. Recordemos que la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento es la responsabilidad por culpa o negligencia diciendo el 1902CC "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

En este caso el empresario responderá por actos propios y por hechos ajenos como es la responsabilidad causada por sus dependientes, se da que haya un tendencia a la objetivación de la responsabilidad extracontractual, dándose que se dé un paso de una responsabilidad subjetiva a una objetiva; eso lo entendemos cuando decimos es que cuando la responsabilidad es subjetiva es necesario demostrar la culpa o negligencia, pero esta tendencia a la objetivación hace que siempre que haya un perjuicio haya responsabilidad.

En la responsabilidad objetiva, el que causa el daño es el que responde del mismo, aunque no lo haya causado de manera directa o intencionada. En la responsabilidad subjetiva, el que causa el daño lo hace por culpa, negligencia o dolo, y debe probar que no actuó con mala fe o imprudencia.

En el caso del empresario se le pide una responsabilidad por culpa en el daño causado por terceros que ha contratado, mientras que tiene una objetiva hacia sus propios actos, en este ámbito se da que actúe en una responsabilidad subjetiva. La objetiva es lo que entendemos una responsabilidad por riesgo, y esta ha de ser dada por ley, lo que ocurre es que en este ámbito ya hay varias leyes que las prevé para ciertos casos (*por ejemplo los productos defectuosos, la ley general de consumidores y usuarios, lo que habrá que demostrar no es la culpa, sino la relación de causalidad que se da con respecto al perjuicio; por lo que el empresario industrial responde aunque carezca de culpa o negligencia dado que con su actividad produce riesgo y por ello los asume, y tiene responsabilidad objetiva*).

Por lo que el empresario industrial (fabricante o productor) responde, aunque no concorra culpa o negligencia, ni le sea imputable el daño causado [manifestación de la responsabilidad por riesgo]. Responde objetivamente porque la simple explotación de su actividad económica con ánimo de lucro crea un estado de riesgo del que el empresario debe responder. Así, no hay que probar la culpa del empresario productor, aunque sí habrá de demostrarse que existe un defecto en el producto que ha causado el daño indemnizable. De este modo, los riesgos de la producción industrial han provocado que la JP, primero y, posteriormente, la propia Ley, establezca regímenes especiales de responsabilidad tanto por daños causados en el proceso de producción (daños al medio ambiente), como por los que ocasionan los productos fabricados con un defecto (responsabilidad por productos defectuosos).

Manifestación de esta tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad de los empresarios industriales resulta la LGCDU, en la que se instaura una responsabilidad solidaria de todos los empresarios que intervienen en la fabricación y circulación de productos -ya sea por un defecto de diseño del producto o de su fabricación- con un

Lección IV Empresarios y sus auxiliares

Capítulo XII Los auxiliares del empresario

límite de 63 millones de euros. El empresario solo podrá liberarse si prueba la concurrencia de alguna de las causas exoneratorias taxativamente enumeradas por la LGDCU (art. 140 TRLGDCU)

Esta responsabilidad objetiva ha de estar declarada por Ley quedando, además, en cierta medida mitigada al establecerse un tope cuantitativo máximo, así como la obligatoriedad de tener contratado un seguro que cubra dicha responsabilidad [ej. accidentes de la navegación aérea; contaminación; responsabilidad solidaria entre fabricante e importador de productos defectuosos (aunque con causas de exoneración)].

Capítulo XII Los auxiliares del empresario

Capítulo XII A. Colaboradores del empresario

Para el desarrollo de su actividad, el empresario necesita a menudo valerse de la actividad de otros sujetos que colaboran con él en el ejercicio de su actividad. Se denomina apoderamiento el acto mediante el cual un sujeto designa a otro para que actúe como representante suyo. Estos sujetos pueden ser dependientes o no dependientes, se da que para el derecho mercantil el verdadero auxiliar del empresario sea el dependiente, que es aquel que colabora con el empresario teniendo una relación laboral y de subordinación con el empresario; los independientes serían aquellos que realizan la misma actividad que la del empresario y colaboran con él sin tener subordinación laboral, (*por ejemplo, vende brandi en Canadá, pero lo vende por medio de otro empresario, si la relación es larga y directa es un agente, si la relación es más indirecta se da que es un comisionista. El agente lo que hace es realizar actividades comerciales por cuenta de otro empresario, es por lo tanto un empresario que se dedica a colaborar con otro empresario*) estos los estudiaremos en mercantil II, en esta asignatura vamos a ver los dependientes.

Tipos de representación: Es **Voluntaria**: Su fuente es la voluntad de las partes. Además de que es **Legal**: Su fuente es la Ley; presupone la ausencia o

Los colaboradores del empresario pueden ser clasificados en virtud de muy diversos criterios:

➤ Vinculación o no permanente o estable



Colaboradores permanentes o esporádicos

Se trata de una de las clasificaciones más extendidas; conforme a la misma se distingue entre colaboradores **dependientes**, que desarrollan su actividad en régimen de subordinación o dependencia. Estos tradicionalmente se califican como auxiliares en sentido estricto –auténtico auxiliar–; y colaboradores **independientes**.

➤ Subordinación o no laboral al empresario



Colaboradores generales o singulares (específicos)

➤ Ámbito de la representación

limitación de capacidad de obrar del representado, así como es

Orgánica: Referida a las personas jurídicas. Órgano de Administración de las sociedades mercantiles

Lección IV Empresarios y sus auxiliares

Capítulo XII Los auxiliares del empresario

Un **colaborador dependiente** del empresario es aquel que presta su colaboración al empresario de forma permanente, con carácter mercantil y desde dentro de su propia empresa en régimen de subordinación o dependencia.

Dentro de estos, hay diferentes tipos de apoderados:

El **factor** es el apoderado general que está al frente

de un establecimiento para realizar en nombre y por cuenta del empresario el giro y tráfico propio de aquél, administrando, dirigiendo y contratando sobre las cosas concernientes a dicho establecimiento. El factor necesita un poder general para desempeñar sus funciones y puede actuar en todos los asuntos del giro o tráfico del empresario.

Los **dependientes** son los apoderados singulares que tienen como función básica la realización, de manera constante, de operaciones propias de un determinado sector del tráfico o giro del empresario (por ejemplo, un jefe de compras, un jefe de ventas, director de personal, etc.). Los dependientes necesitan un poder especial para cada acto o contrato que realicen en nombre del empresario.

Los **mancebos** son los vendedores al por menor o al por mayor que trabajan en el establecimiento del empresario y cuya función principal es cobrar las ventas que realizan. Los mancebos son también apoderados singulares, pero con un poder limitado a las operaciones propias de su cargo

Luego vemos los **colaboradores independientes** que no vamos a ver apenas en esta asignatura. Estos son aquellos que colaboran con el empresario para fomentar su actividad externa de relación con la clientela, sin estar subordinados ni integrados en su empresa. Dentro de estos, hay tres tipos principales:

El comisionista es el que recibe el encargo de realizar un acto u operación de comercio por cuenta de otro (comitente), que puede ser comerciante o agente mediador del comercio. El comisionista puede actuar en nombre propio o en el de su comitente y tiene derecho a una retribución llamada comisión.

El agente es el que se obliga a promover negocios por cuenta ajena (principal) o a promoverlos y concluirlos por cuenta y bajo la dependencia del principal, salvo pacto en contrario. El agente puede actuar en nombre propio o en el del principal y tiene derecho a una retribución llamada corretaje.

El mediador es el que se limita a poner en contacto al empresario con posibles clientes o proveedores, sin intervenir en la negociación ni en la conclusión del contrato. El mediador puede actuar en nombre propio o en el del empresario y tiene derecho a una retribución llamada mediación.

Capítulo XII B. Apoderado Generales (“El Factor”)

Tradicionalmente el Factor era quien estaba al frente de una factoría (fábrica o establecimiento fabril o industrial o establecimiento de comercio). El proyecto de Código mercantil elimina la referencia al Factor que es sustituida por la de apoderado general (Título II De la representación del empresario, Cap. II).

Aquel auxiliar del empresario que, como gerente de la empresa (director general en la terminología actual), está autorizado para administrarla, dirigirla y contratar en todo lo concerniente al giro propio o industria la que se dedique (alter ego del empresario). Este factor goza de un apoderamiento General, por lo que actúa como si fuera el empresario en todo lo que tenga que ver con el giro o tráfico de la empresa.



Lección IV Empresarios y sus auxiliares

Capítulo XII Los auxiliares del empresario

Su relación con el empresario es de naturaleza laboral (*ya sea ordinaria o especial [personal de alta dirección¹¹]*). Un mismo empresario puede tener un sólo factor o varios factores. Lo usual es que un empresario individual **no cuente con más de un factor**. Sin embargo, en los supuestos de empresarios sociales (principalmente en el ámbito de sociedades anónimas), cabe la posibilidad de que la propia estructura empresarial de la sociedad exija o recomiende la existencia de diversos factores (cuyo ámbito de actuación podrá, a su vez, ser independiente del resto de factores o depender de las de otro factor con facultades más amplias [piénsese, por ejemplo, en los supuestos de entidades en las que existe un director de oficina que, a su vez depende del director de plaza y, estos, a su vez de director de zonal]).

17. Actuación del factor

Deberá actuar «en el ámbito de su apoderamiento» que se extenderá al «giro o tráfico de su empresa». No obligan, por tanto, al empresario, las actuaciones del factor en las que éste se exceda del ámbito del apoderamiento (a menos que el empresario la ratifique, posteriormente, de modo expreso o tácito). **El empresario, podrá ampliar las facultades del factor, más allá del giro o tráfico; si bien, en este caso, la ampliación de facultades habrá de elevarse a Escritura pública, inscribirse en el RM y publicarse en el BORME.**

Deberá actuar «personalmente» en el desempeño de sus funciones, salvo que el empresario consienta el nombramiento de sustituto. Por lo que no cabe la delegación por parte del factor sin consentimiento del empresario.

Deberá actuar «en nombre y por cuenta del empresario». En las negociaciones con terceros, el factor ha de comunicar que actúa en nombre del empresario al que representan, debiendo así hacerlo constar en todos los documentos que suscriban. **De no proclamar el nombre del empresario por cuya cuenta actúa, será el factor quien directamente se obligue con el tercero con quien contrató** (responsabilidad patrimonial del factor); sin que el tercero tenga acción directa contra el empresario, ni a la inversa.

Deberá **desempeñar las funciones** que el empresario le hubiera encomendado **«con la diligencia de un buen empresario»**; siendo responsable, en otro caso (actuación negligente, malicia, incumplimiento de instrucciones recibidas), frente al empresario. **Demos cuenta que no se usa como parámetro de diligencia el de “un buen padre de familia” sino el de un “buen empresario” cosa que le requiere un plus de diligencia superior¹².**

¹¹ El personal de alta dirección es aquel que ejerce poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y a sus objetivos generales. Tiene una relación laboral especial que se rige por una ley específica.

¹² La expresión “la diligencia de un buen empresario” se refiere al estándar de conducta que se espera de un administrador o representante de una sociedad mercantil, que debe actuar de buena fe, sin interés personal, con información suficiente y con un procedimiento adecuado. Esta expresión se diferencia de la de “un buen padre de familia”, que es el modelo civil que se aplica a los contratos y obligaciones en general, y que implica actuar con prudencia, cuidado y moderación. El ordenado empresario debe tener en cuenta los intereses de la sociedad y los terceros con los que contrata, así como las circunstancias del mercado y la actividad económica. **Por curiosidad:**

Incumplir la diligencia de un buen empresario puede tener como consecuencia una sanción al trabajador, que puede ir desde una amonestación hasta un despido disciplinario, dependiendo de la gravedad de la desobediencia. En el caso de los administradores o representantes de una sociedad mercantil, el incumplimiento de la diligencia puede suponer su responsabilidad civil o penal por los daños causados a la sociedad o a los terceros. Sin embargo, existe una regla llamada business judgment rule o regla del juicio o discrecionalidad empresarial, que protege a los administradores cuando han actuado con buena fe, sin interés personal, con información suficiente y con un procedimiento adecuado.

Lección IV Empresarios y sus auxiliares

Capítulo XII Los auxiliares del empresario

18. Poder de representación

Ha de ser general (lo que no significa ilimitado); bien porque el apoderamiento se otorgue, en términos generales, para el giro o tráfico de la empresa; o, bien, porque contenga una enumeración de facultades que, consideradas globalmente, permiten la dirección de la empresa en su conjunto.

Este podrá **puede ser limitado**, pero siempre atendiendo a no reducir tanto los poderes hasta que quede extinta la figura a la que se refiere el código. Se da que hay que establecer y oponer a un tercero de buena fe esos límites.

Por lo que las facultades otorgadas al factor pueden limitarse (reservándose, por ejemplo, el empresario ciertas operaciones), siendo posible también eliminar las limitaciones. Para que las limitaciones sean oponibles a terceros de buena fe, los factores deberán figurar inscritos en el RM; por lo que, si no estuviera inscrito el poder, no podrán inscribirse tampoco las limitaciones y, por tanto, éstas no serán oponibles; esto es así para el hecho de permitir que el tercero de buena fe sepa cuales son los límites de ese poder, es necesario por tanto que el poder este inscrito y que además se determinen los límites.

Esto es lo que se conoce como requisito de trato sucesivo, es decir para establecer los límites del factor, es necesario que el factor este inscrito, pero para inscribir factor se requiere inscribir al empresario.

En el ámbito de la representación orgánica, las posibles limitaciones de las facultades representativas de los administradores resultan ineficaces frente a terceros.

Por lo tanto, el factor tendrá un poder que deberá ser elevado a escritura pública y tras ello inscrito en el registro mercantil.

Si establecido limites que establece los límites al factor no se inscriben, si el factor se excediera de su poder, los límites son oponibles Inter partes pero no frente al tercero, por lo que este se puede dirigir al empresario.

También se da el caso de un alter ego que nombra el empresario sin que haya un apoderamiento expreso, se da que estos funcionan como alter ego y son llamados como "factor notorio" se da que su actuación es válida pero solo se puede establecer límites Inter partes no con el tercero

Por lo visto el factor o apoderado general es una persona que el empresario nombra para que actúe en su nombre en la gestión de su empresa o establecimiento. El empresario puede nombrar al factor de dos formas: de forma expresa o de forma tácita. La forma expresa consiste en dar al factor un documento público que le otorga el poder y que debe inscribirse en el registro mercantil (RM) correspondiente. La forma tácita consiste en poner al factor al frente de la empresa o establecimiento sin darle ningún documento, pero dejando que todo el mundo lo reconozca como representante del empresario. A este tipo de factor se le llama "factor notorio". En ambos casos, el factor puede obligar al empresario con sus actos relacionados con el giro o tráfico de la empresa, es decir, con las actividades propias del negocio. Sin embargo, si el empresario quiere limitar el poder del factor, debe hacerlo constar en el documento público y en la inscripción del RM. Si no lo hace así, las limitaciones no serán válidas frente a terceros que hayan contratado con el factor de buena fe.

La extinción del poder en ningún caso se hará por resultado de la muerte del factor por lo que ocurrirá si:

Renuncia del factor: Si el poder está inscrito en el RM; también habrá de inscribirse la renuncia para que surta efectos frente a terceros.

Revocación del apoderamiento: Si el poder está inscrito en el RM; también habrá de inscribirse la revocación para que surta efectos

frente a terceros. Si no se hubiera inscrito el poder, la comunicación de la revocación realizada al factor, producirá efectos frente a terceros

desde que se realizó la comunicación, ya sea de forma individualizada o general, a la clientela.

Enajenación de la empresa.

Lección IV Empresarios y sus auxiliares

Capítulo XII Los auxiliares del empresario

Capítulo XII C. Apoderados singulares

Estos tienen limitado su ámbito de actuación, no en los términos anteriores, sino que es la figura que los su naturaleza tiene limitada su ámbito de actuación a ciertas cuestiones.

La cuestión terminológica es que los dependientes del código no son lo que llamamos dependiente coloquialmente (el que te atiende en la tienda) dado que ese es un mancebo, un dependiente es el que tiene limitado su ámbito a ciertas cuestiones, mientras un dependiente es una figura que lo que hace es una sola operación.

Estos límites no son inscritos o no se requieren dado que por naturaleza ya los tienen incorporado. Siendo estos límites oponibles a terceros.

LOS DEPENDIENTES: No contemplados en el Código del 29, se trata de apoderados singulares que tienen como función básica la realización, de manera constante, de operaciones propias de un determinado sector del tráfico o giro del empresario (v. gr., un jefe de compras, un jefe de ventas, director de personal, etc.). Por ello, el poder del dependiente tiene que ser necesariamente un poder limitado al sector del giro o tráfico de que se trate. El apoderamiento puede ser verbal o escrito y, aunque el empresario figure inscrito en el RM, no es necesaria la inscripción de los poderes del dependiente. El empresario quedará obligado por la actuación del dependiente, si la actuación de éste se ha realizado dentro de los límites del apoderamiento. Por tanto, los límites a la actuación del dependiente serán oponibles frente a terceros, aun cuando el apoderamiento no figure inscrito en el RM.

LOS MANCEBOS: Los mancebos son apoderados singulares «autorizados para regir una operación mercantil o alguna parte del giro o tráfico de la empresa correspondiente al empresario del que depende». Por ello, los mancebos también tienen la condición de apoderados, aunque su apoderamiento y sus funciones tienen un ámbito más restringido que el de los dependientes.

La función típica del mancebo consiste en realizar operaciones de venta en tiendas abiertas al público (son, en definitiva, los que coloquialmente –no jurídicamente– se suelen llamar «dependientes» de comercio). También pueden realizar otras funciones, como, por ejemplo, la recepción de mercancías.

LOS REPRESENTANTES DE COMERCIO¹³: son aquellos auxiliares del empresario cuya labor principal es la de ensanchar el círculo de operaciones de la empresa, conservando, renovando y aumentando en lo posible la clientela. A tal fin, su actividad la suelen desempeñar fuera del establecimiento del empresario. Entre sus cometidos, destaca, fundamentalmente, la de «introducir productos en el mercado», realizando para ello una labor

¹³ No deben confundirse con los agentes comerciales, cuya vinculación con el empresario no lo es a través de un contrato laboral especial, sino a través de un contrato de agencia (son el empresario en sí mismo). **Por curiosidad, dejo las diferencias entre uno y otro:**

- El representante de comercio actúa en nombre y por cuenta del empresario, siguiendo sus instrucciones y bajo su dependencia. El agente comercial actúa como intermediario independiente y autónomo, sin estar sujeto a las órdenes del empresario.
- El representante de comercio tiene una relación laboral con el empresario y está sujeto al régimen general de la Seguridad Social. El agente comercial tiene una relación mercantil con el empresario y está sujeto al régimen especial de trabajadores autónomos.
- El representante de comercio puede prestar sus servicios para más de un empresario, siempre que no sean competidores entre sí. El agente comercial puede representar a varios empresarios, incluso competidores, siempre que lo comuniquen previamente a los interesados.
- El representante de comercio desarrolla su actividad fuera de los locales del empresario y sin horario fijo. El agente comercial organiza libremente su actividad y puede tener su propio establecimiento o personal a su cargo.
- El representante de comercio tiene poder para negociar y concluir contratos en nombre del empresario, dentro de los límites que éste le haya fijado. El agente comercial solo puede aceptar acuerdos en nombre del empresario, sin responsabilidad sobre ellos ni sobre la propiedad de los bienes, y sin poder legal para modificar las condiciones establecidas por el fabricante.

Lección V El registro mercantil

Capítulo XIII Concepto

personal de publicidad y de promoción, lo que se concretará en la preparación y estipulación de los correspondientes contratos. La relación del representante de comercio con el empresario es de naturaleza «laboral»; pero teniendo en cuenta que su labor la desarrolla fuera del establecimiento del empresario, dicha relación laboral es también de carácter «especial».

Los representantes de comercio pueden tener poder de representación o carecer de él. Aunque, por regla general, sus funciones se suelen limitar a «promover» pedidos, en algunos casos, el empresario les puede atribuir facultades suficientes para, no sólo «promover» sino, además, para «concluir o celebrar», en nombre del empresario, los contratos que promovieren.

Lección V El registro mercantil

Capítulo XIII Concepto

Origen: Listas y Matrículas de mercaderes de las corporaciones y gremio medievales, en las que era preciso figurar inscrito para el ejercicio del comercio. El mercader inscrito gozaba de la protección del gremio. Tal y como hoy se concibe nace con el Código de 1829; si bien su función como instrumento técnico de publicidad legal nace con el vigente C. de c.

El concepto del registro mercantil se da en que es una “Institución pública que tiene por objeto la publicidad de las situaciones jurídicas de los empresarios inscritos y otras funciones legalmente asignadas”, vemos que como primera consecuencia de la publicidad legal que se menciona es que se equipara la cognoscibilidad o posibilidad de conocer al conocimiento real, para conocer sobre esto ha y se puede hacer por el BORME.

Por lo tanto, el Registro Público es una institución que pertenece al Estado y que cumple una función pública de dar publicidad legal a los actos y situaciones jurídicas que se inscriben en él. Esto significa que el Registro Público permite el conocimiento real de dichos actos y situaciones por parte de terceros interesados. El Registro Público está abierto al público, es decir, cualquier persona puede acceder a la información que contiene.

El Régimen normativo se regula en los artículos del 16 a 24 C. de c. (modificado por Ley 19/89, de 25 de julio) y RRM 19 de julio de 1996; en 1989 se dio una Reforma que impone el sistema de Registro de folio personal¹⁴. Además, se Registró exclusivo de personas y actos: Buques y aeronaves RP Mobiliaria.

14 Por curiosidad:

El sistema de folio personal se caracteriza por identificar a las personas que son titulares de derechos reales sobre las fincas. Así, cada persona tiene una hoja o folio en el registro donde se anotan todas las fincas que posee y los derechos que tiene sobre ellas. Este sistema facilita la consulta de la situación jurídica de una persona respecto a sus bienes inmuebles, pero también presenta inconvenientes como la posibilidad de duplicidad de inscripciones o la dificultad para localizar una finca determinada. El sistema de folio real se caracteriza por identificar a las fincas que son objeto de derechos reales. Así, cada finca tiene una hoja o folio en el registro donde se anotan todos los derechos reales que existen sobre ella y las personas que los ostentan. Este sistema permite conocer con precisión la situación jurídica de una finca determinada, pero también presenta desventajas como la necesidad de consultar varios folios para conocer el patrimonio inmobiliario de una persona o la complejidad para mantener actualizados los datos registrales.

En conclusión, ambos sistemas tienen ventajas y desventajas según el objetivo que se persiga con la consulta registral. El sistema de folio personal es más adecuado para conocer el patrimonio inmobiliario de una persona, mientras que el sistema de folio real es más adecuado para conocer los derechos reales sobre una finca. La tecnología informática puede ayudar a superar algunas limitaciones de ambos sistemas y facilitar el acceso a la información registral.

En el derecho mercantil, el sistema de folio personal se aplica al Registro Mercantil, donde se inscriben las sociedades y los empresarios individuales. Cada sociedad o empresario tiene un folio en el registro donde se anotan los actos y contratos que les afectan. Este sistema permite conocer la situación jurídica de una sociedad o empresario respecto a sus obligaciones mercantiles, pero también puede presentar problemas como la falta de publicidad de algunos derechos reales sobre bienes muebles.

El sistema de folio real se aplica al Registro de la Propiedad, donde se inscriben los bienes inmuebles y los derechos reales sobre ellos. Cada bien inmueble tiene un folio en el registro donde se anotan los derechos reales que existen sobre él y las personas que los ostentan. Este sistema permite conocer con precisión la situación jurídica de un bien inmueble, pero también puede presentar dificultades como la necesidad de consultar varios folios para conocer el patrimonio inmobiliario de una sociedad o empresario.

En conclusión, ambos sistemas tienen ventajas y desventajas según el tipo de bienes y derechos que se quieran registrar. El sistema de folio personal es más adecuado para el registro mercantil, donde predominan los bienes muebles y las obligaciones personales, mientras que el sistema de folio real es más adecuado para el registro de la propiedad, donde predominan los bienes inmuebles y los derechos reales. La coordinación entre ambos registros puede ayudar a evitar contradicciones o lagunas en la información registral.

Lección V El registro mercantil

Capítulo XIII Concepto

La regulación se da en el Título II Libro I C.de c. en los artículos del 16 a 24. RM 1996. Además, se aplica Supletoriamente Reglamento Hipotecario.

Por lo tanto, decimos que el Registro Mercantil es una institución pública que depende del Ministerio de Justicia y que tiene por objeto dar publicidad legal a las situaciones jurídicas de los empresarios y las empresas que se inscriben en él. El Registro Mercantil existe en todas las capitales de provincia y en algunas ciudades autónomas e insulares. El Registro Mercantil es el principal instrumento legal para dotar de seguridad al tráfico mercantil y para la formalización de negocios. Es esencial para el desarrollo económico, como medio para reducir los costes de transacción.

El Registro Mercantil se rige por el Código de Comercio, el Reglamento del Registro Mercantil y otras normas complementarias. El Código de Comercio establece los principios generales del Registro Mercantil y los artículos 16 a 24 regulan su organización y funcionamiento. El Reglamento del Registro Mercantil desarrolla el Código de Comercio y establece las normas técnicas y procedimentales del Registro Mercantil. El Reglamento actual data de 1996 y ha sufrido algunas modificaciones posteriores.

La reforma más importante del Registro Mercantil se produjo en 1989 con la Ley 19/89, que introdujo cambios significativos en el sistema registral mercantil. Entre ellos, se puede destacar la ampliación de los instrumentos técnicos de publicidad legal, la ampliación subjetiva de sujetos y actos inscribibles, el traslado de los efectos de la oponibilidad desde la inscripción a la publicación y la atribución al Registro Mercantil Central (RMC) como órgano centralizador e informativo. Además, se crearon registros especiales para los buques, las aeronaves y las condiciones generales de la contratación. Por lo tanto, los principales cambios son:

- Ampliación de los instrumentos técnicos de publicidad legal (BORME; publicación por extracto de actos inscritos, así como anuncios y avisos legales. Dualidad de instrumentos técnicos de publicidad Registros territoriales y BORME. El RMC actúa como órgano de conexión entre los Registros territoriales y el BORME.

- RM exclusivo de personas y actos (númerus clausus art. 11, 87 y 94 RRM). Salen así del RM los buques y aeronaves que deberán inscribirse en el RBM creado por el RD1828/1999, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Como contrapartida ampliación subjetiva de sujetos y actos inscribibles.

- Efectos de la oponibilidad se traslada desde la inscripción a la publicación siendo oponible desde esta.

- Nuevas funciones, además, de la inscripción Art. 2 RRM:

- Legalización libros (la Ley de emprendedores introdujo la legalización telemática).
- Nombramientos de expertos independientes y auditores de cuenta.
- Depósito y publicidad de las cuentas anuales.
- Desde 2015, además, los registradores asumen funciones de jurisdicción voluntaria (convocatoria JG no convocada por los administradores a instancia de los socios: nombramiento de auditores en determinados supuestos).

Artículo 2

El Registro Mercantil tiene por objeto:

- a) La inscripción de los empresarios y demás sujetos establecidos por la Ley, y de los actos y contratos relativos a los mismos que determinen la Ley y este Reglamento.
- b) La legalización de los libros de los empresarios, el nombramiento de expertos independientes y de auditores de cuentas y el depósito y publicidad de los documentos contables.
- c) La centralización y publicación de la información registral, que será llevada a cabo por el Registro Mercantil Central en los términos prevenidos por este Reglamento.
- d) La centralización y la publicación de la información de resoluciones concursales en la forma prevista en el Real Decreto 685/2005, de 10 de junio.

El Registro Mercantil tiene también otras funciones además de la inscripción, como son la legalización de libros contables, el nombramiento de expertos independientes y auditores de cuentas, el depósito y publicidad de las cuentas anuales y algunas funciones relacionadas con la jurisdicción voluntaria.

Lección V El registro mercantil

Capítulo XIII Concepto

El registro mercantil es un instrumento de publicidad legal que tiene por objeto la inscripción de los empresarios y demás sujetos establecidos por la ley, así como de los actos y contratos relativos a los mismos que determinen la ley y el reglamento del registro mercantil. La publicidad legal se refiere al origen y a los efectos que lleva aprehendiendo la inscripción de los datos en el registro mercantil, ya que se presumen conocidos por todos y, en consecuencia, resultan oponibles a terceros de buena fe. Para facilitar el conocimiento de tales datos, los empresarios tienen la obligación de incluir en sus facturas y demás documentos los datos identificadores de su inscripción.

Es objeto de inscripción en el registro mercantil según los artículos 16.1 C. de c y art. 2 RRM los:

- Los empresarios individuales
- Las sociedades mercantiles
- Las entidades de crédito y de seguros y las sociedades de garantía recíproca
- Las instituciones de inversión colectiva
- Cualesquiera personas naturales y jurídicas cuando así lo disponga la ley
- Las agrupaciones temporales de empresas
- Las sociedades civiles profesionales

Los actos inscribibles en el registro mercantil son solo los que dice el artículo 87¹⁵ y el 92:

- Los actos constitutivos
- Los nombramientos y ceses de administradores
- La apertura y cierre de sucursales
- La disolución, reactivación, fusión o escisión
- Los poderes generales
- Las resoluciones judiciales referidas al concurso

Algunas precisiones sobre estos sujetos y actos son:

- El acceso al registro mercantil se ha ampliado a sujetos no personificados como las agrupaciones temporales de empresas o las sociedades civiles profesionales.
- La inscripción es potestativa para el empresario individual salvo que ejerza una actividad sujeta a licencia administrativa o tributaria.
- La ley 18/2022 de creación y crecimiento de empresas permite la inscripción voluntaria de las sociedades civiles por su objeto que no tengan forma mercantil.
- El empresario individual debe cumplir ciertos requisitos para acceder al registro mercantil como tener capacidad para ejercer el comercio, contar con el consentimiento del cónyuge si está casado bajo régimen económico matrimonial común o comunicarle su ejercicio del comercio si está casado bajo régimen económico matrimonial separado¹⁶.

¹⁵ El 87.6 dice "Las capitulaciones matrimoniales, el consentimiento, la oposición y revocación a que se refieren los artículos 6 a 10 del Código de Comercio y las resoluciones judiciales dictadas en causa de divorcio, separación o nulidad matrimonial, o procedimientos de incapacidad del empresario individual, cuando no se hubiesen hecho constar en la inscripción primera del mismo" recordemos que ya no se puede oponer dado que esto está derogado por la nueva ley, aunque siga apareciendo en el boe en el RRM.

¹⁶ Como ya hemos dicho varias veces, esto ya no es necesario dado que ha sido derogado, por lo que aunque el artículo no haya sido modificado no se aplica, por lo que solo sirve de ejemplo.

Lección V El registro mercantil

Capítulo XIII Concepto

Organización

Se da que hay una serie de registros mercantiles territoriales repartidos por el territorio, estos están organizados por el registro mercantil central, la organización de los registros mercantiles en España, que son oficinas dependientes del Ministerio de Justicia a través de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP). Los registros mercantiles se encargan de inscribir y publicar los actos y documentos relativos a las sociedades mercantiles y otros sujetos que determina la ley.

Existen dos tipos de registros mercantiles: los territoriales y el central. Los registros mercantiles territoriales se ubican en las capitales de provincia y en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. En algunas provincias con mayor actividad económica hay más de un registro, por lo que se distribuyen el despacho de documentos según un acuerdo entre los registradores que debe ser aprobado por la DGSJFP.

El Registro Mercantil Central tiene su sede en Madrid y además de recopilar la información de los registros territoriales tiene las siguientes funciones:

- Gestión de la Sección de Denominaciones y Sociedades Inscritas: esta sección se encarga de asignar las denominaciones sociales a las sociedades que se constituyen o cambian su nombre, así como de llevar un índice alfabético con todas las sociedades inscritas en los registros mercantiles.
- Publicación del Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME): este boletín es el medio oficial para difundir los actos y documentos inscritos en los registros mercantiles, así como otros anuncios relacionados con el ámbito mercantil.
- Expedición de notas informativas de los Registros Territoriales: estas notas son certificaciones que acreditan la existencia o inexistencia de determinados datos o circunstancias relativos a una sociedad o empresario inscrito en un registro territorial.
- Estudio y propuesta de mejoras: esta función consiste en analizar el funcionamiento y la normativa aplicable a los registros mercantiles y proponer medidas para mejorar su eficacia y seguridad jurídica.

Los registros mercantiles llevan una serie de libros donde constan las inscripciones y legalizaciones que realizan.

Estos libros son:

- Libro de inscripciones y su Diario: este libro recoge todas las inscripciones que se hacen en el registro mercantil correspondiente a cada sociedad o empresario. El Diario es un libro auxiliar donde se anotan cronológicamente todos los documentos presentados para su inscripción.
- Libro de legalizaciones y su Diario: este libro recoge todas las legalizaciones que se hacen en el registro mercantil correspondiente a los libros contables u obligatorios que deben llevar las sociedades o empresarios. El Diario es un libro auxiliar donde se anotan cronológicamente todos los libros presentados para su legalización.
- Libro de Depósito de Cuentas Anuales y su Diario: este libro recoge todos los depósitos que se hacen en el registro mercantil correspondiente a las cuentas anuales (balance, cuenta de pérdidas y ganancias, etc.) que deben presentar las sociedades cada año. El Diario es un libro auxiliar donde se anotan cronológicamente todos los depósitos realizados.
- Libro de Nombramiento de Expertos Independientes: este libro recoge todos los nombramientos que se hacen en el registro mercantil correspondiente a los expertos independientes que deben intervenir en determinadas operaciones societarias (aumento o reducción del capital social, fusión o escisión, etc.).

Lección V El registro mercantil

Capítulo XIII Concepto

- Libro Diario es un libro auxiliar donde se anotan cronológicamente todos los nombramientos efectuados. Cuando se va al registro lo que se te hace es un asiento de presentación, con hora y fecha, esto se hace por la prioridad, dado que tendrá prioridad el primero que se presentó para la inscripción, pero esto no quiere decir que la presentación sea la inscripción, el registrador deberá luego calificar la presentación, este asiento se realiza en el libro diario. El Libro Diario de presentación de documentos El primero es el que se utiliza para registrar la entrada de los documentos que se presentan en el Registro Mercantil para su inscripción o depósito. Esto sin perjuicio de que cada libro puede tener su propio diario de presentación, que es un índice cronológico de los asientos que se practican en ese libro¹⁷.

Además el registro mercantil tiene misión es la gestión de la denominación de nombre de las sociedades, además de publicar en el BORME y de dar notas informativas de los registros mercantiles territoriales, pero esto no es una certificación, dado que la única certificación que puede dar este es el de las denominaciones, pero el resto de certificaciones es competencia de los registros territoriales, el central lo que tendrá es un resumen del territorial, pero sí que puede expedir una nota informativa sobre los datos que tiene sobre el territorial. También realiza la propuesta de mejoras.

Las cuentas anuales del empresario están depositadas en el registro mercantil, siendo como el registro un organismo público, se da que cualquier persona que tenga interés legítimo; se da que la obligación del depósito de las cuentas anuales sea tan obligatoria que si no la cumple se le hace un "cierre registral" por el cual hasta que no se deposite no se podrá acceder a ninguno de estos documentos del registro sobre el empresario.

Cuando hablamos del libro de nombramientos de expertos independientes es el que nombra que expertos independientes van a valorar la equivalencia entre lo que se dice que hay en la realidad y lo que se quiere inscribir. Por ejemplo si yo quiero incluir en el capital social de la empresa un trastero que digo que tiene un valor de 60.000€, dándome acciones por valor de 60.000€, lo que pasa es que el capital social es la suma del valor nominal de las acciones, por lo cual si tengo una empresa con un capital social de 60.000€, que dividido en 1.000 títulos se da que cada título tenga un valor de 60€, estos títulos serán partes alícuotas de lo que se divide el capital social. Para ser socio de una sociedad hay que aportar, por lo que a cambio de ese dinero o bien de esa aportación no dineraria (un bien) hay que dar acciones por valor a esa aportación.

El problema se da debido a que si aportamos un trastero que vale 60.000€ y me dan acciones por 60.000€ si el trastero realmente vale 30.000€ estoy creando una sociedad con un capital social menor al que debe. Los expertos independientes sirven para valorar los bienes no dinerarios para que el capital social sea igual al real, recordemos que cuando una sociedad se constituya, el capital social sea igual al patrimonio, por lo que si hay un capital social de 60.000€ ha de haber un patrimonio de 60.000€, y la empresa tiene unas pérdidas bestiales y el patrimonio se reduce a 50.000€ se da que el capital social permanece igual dado que está gravado en los estatutos pero si el patrimonio baja y baja, el legislador ha hecho que esta que su patrimonio es menor que su capital social, y se reduzca sobre cierto margen deba cambiar su forma jurídica (S.A. a S.L.).

Para evitar que la sociedad pierda su patrimonio hay ciertas medidas de crecimiento y vigilancia que te permiten crearla con 1€ pero con estas medidas adicionales.

¹⁷ Para entender esto mejor ponemos un **ejemplo**. Imagine que usted quiere constituir una sociedad limitada. Para ello, tiene que presentar una escritura pública de constitución en el Registro Mercantil de su provincia. Al presentar la escritura, se genera un asiento de presentación en el Libro Diario de presentación de documentos del Registro Mercantil. Este asiento solo indica la fecha y hora de la presentación, el número de entrada y el tipo de documento. Después, el registrador califica la escritura y si no hay defectos, procede a inscribirla en el Libro de inscripciones del Registro Mercantil. Este asiento sí refleja el contenido de la escritura y los datos de la sociedad, como su denominación, su objeto social, su capital social, sus administradores, etc. Este asiento también produce efectos jurídicos, como la publicidad formal, la legitimación y la fe pública.

Lección V El registro mercantil

Capítulo XIII Concepto

Otras funciones

Legalización de los libros (Nueva instrucción de la DGSJFP de 17 de febrero de 2015 modifica el procedimiento de legalización de libros, dando así cumplimiento a lo establecido en el art. 18 de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Obligatoriedad de libros en formato electrónico y legalización telemática)

- El nombramiento de expertos en valoraciones societarias cuando sea necesario para determinar el valor real o razonable de las participaciones sociales o acciones en caso de transmisión forzosa o ejercicio del derecho de separación o exclusión.
- El nombramiento de auditores en supuestos especiales cuando sea requerido por una minoría cualificada o por un órgano judicial o administrativo para verificar determinados aspectos contables o financieros.
- El depósito y publicidad de las cuentas anuales de las sociedades, que deben presentarse dentro del plazo legal establecido para evitar el cierre registral que impide realizar cualquier otra inscripción hasta que se cumpla con esta obligación. Presentación de documentos: En el Registro territorial del domicilio del sujeto Inscribible

Se puede hacer bien:

- Física: mediante entrega o consignación material
- Telemática con firma electrónica avanzada del Notario: En los últimos años diversas disposiciones imponen la presentación telemática:
 - a) Constitución fondos de pensiones
 - b) Constitución de sociedades: regla general
 - c) La Ley de emprendedores profundiza en la tendencia a la constitución telemática y en tal sentido prevé en sus arts. 15 y 16 esta forma de constitución para las Sociedades de Responsabilidad Limitadas (de acuerdo con los trámites que en su momento serán analizados a la hora de abordar el estudio de la constitución de las sociedades mercantiles).

Lección V El registro mercantil

Capítulo XIII Concepto

Proceso de inscripción (art. 18 C. de c.)

a) Se inicia con la presentación del documento. Éste habrá de ser documento público: En el Registro Territorial correspondiente al domicilio del sujeto inscribible se hará mediante el Asiento de presentación en el Diario (día y hora). En sentido técnico jurídico el asiento es toda inscripción practicada en un registro es la fecha y hora de la inscripción que da el asiento de presentación el que marca la fecha y hora de la inscripción si se califica positivamente, este asiento caduca en 60 días.

b) Plazo de inscripción: Si la inscripción es obligatoria, se habrá de procurar en el plazo de un mes desde que se otorga el documento o documentos necesarios para la práctica del asiento, salvo disposición contraria de la Ley o reglamentos. Presentado el Documento, se extenderá, en el Diario correspondiente, un breve asiento de presentación (indicando día y hora). Dicho asiento determina el comienzo de la eficacia de la inscripción (se considerará como fecha de inscripción la del asiento de presentación).

c) Calificación del documento llevada a cabo por el registrador mercantil es un Acto personalísimo: 15 días [30 con justa causa] Este plazo se puede Extender, suspender¹⁸ o denegar (inscripción parcial) Si se da una calificación sobre la legalidad intrínseca, es decir que se cumplen los requisitos formales (*que sea documento público, etc.*):

Calificación positiva. Culmina el procedimiento de inscripción (solo se permite recurso en vía judicial)

Calificación negativa: defectos observados (subsanables o insubsanables) y la norma infringida. Si los defectos son **subsanables se suspende la inscripción**. Ante la calificación negativa del Registrador cabe:

1. **Calificación sustitutoria:** Solicitud de segunda calificación de acuerdo con el cuadro de sustituciones del art. 275 bis Ley Hipotecaria (art. 18.7 C. de c.). Este es, en cualquier caso, un recurso se trata de un recurso de carácter previo, pero no obligatorio al resto de recursos posibles (recurso de alzada o recurso judicial).

Artículo 275 Bis

La Dirección General de los Registros y del Notariado designará, en la forma que reglamentariamente se determine, un cuadro de sustituciones en virtud del cual uno o varios Registradores que sirvan en un Registro de la Propiedad puedan calificar y despachar documentos correspondientes a otros Registros.

Dicho cuadro podrá incluir Registradores de la misma provincia o de provincias limítrofes sin que en ningún caso puedan tener estas sustituciones carácter recíproco.

Este derecho consiste en solicitar que otro registrador designado por la Dirección General de los Registros y del Notariado revise la calificación del registrador titular y emita una nueva calificación. El registrador sustituto debe ajustarse a los defectos señalados por el registrador titular y no puede introducir nuevos motivos de denegación. Si la calificación sustitutoria es positiva, el registrador sustituto autoriza la inscripción y se lo comunica al registrador titular, quien debe practicarla. Si esta fuera negativa, podemos acudir al recurso gubernativo de reforma, o bien acudir directamente a la vía judicial.

2. **Recurso gubernativo de reforma** ante la DGRNFP: Próximo a la alzada administrativa, **Recurso administrativo que se presenta ante el registrador que calificó negativamente para su remisión a la DGSJFP.** El Registrador emite un informe que **confirmará o rectificará la calificación.** Plazo de interposición: 1 mes desde la calificación negativa, si resuelve positivamente se da que se da la inscripción, si lo hiciera negativo tendríamos en la vía judicial.

3. **Vía Judicial.** No es preciso agotar la vía administrativa para su interposición, esto significa que podemos acudir directamente a esta opción, pero podríamos usar previamente las anteriores.

¹⁸ La calificación es negativa, pero el defecto es subsanable, por lo que se suspende la inscripción y se le da la opción de subsanarlo.

Lección V El registro mercantil

Capítulo XIII Concepto

Efectos

El registro mercantil (RM) es un organismo público que tiene por objeto la inscripción de los actos y contratos relativos a los empresarios y a las sociedades mercantiles, así como la publicidad de los mismos. El RM tiene una doble función: por un lado, facilita el conocimiento de la situación jurídica y económica de los sujetos inscritos; y, por otro lado, otorga eficacia a los actos inscritos frente a terceros.

Los efectos del RM se pueden clasificar en dos grupos: la eficacia frente a terceros y la eficacia respecto al hecho inscrito.

- La **eficacia frente a terceros** se refiere al alcance de la publicidad del RM, es decir, a la posibilidad de que cualquier persona pueda acceder a la información registral y a las consecuencias que se derivan de ello. La publicidad del RM puede ser formal o material.

- La publicidad formal consiste en el derecho de toda persona que tenga un interés legítimo en conocer el contenido del RM. Este interés se presume en el ámbito mercantil, salvo que se trate de datos sensibles de carácter personal o profesional, que solo podrán ser consultados para fines propios de la institución registral. La publicidad formal se puede obtener mediante diferentes medios:

- La consulta directa al RM o a través de medios telemáticos.
- La copia o nota informativa, que es un documento no fehaciente que reproduce el contenido literal o resumido de los asientos registrales.
- El certificado, que es un documento fehaciente expedido por el registrador que da fe del contenido del RM.

Además, la publicidad formal también se realiza mediante otros instrumentos complementarios:

- La mención de los datos registrales en la publicidad comercial, en la correspondencia y en las facturas emitidas por los empresarios y sociedades inscritas.

- La publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) de determinados actos sujetos a inscripción o depósito.

- La publicidad material consiste en la presunción legal de exactitud y validez del contenido del RM. Esta presunción implica dos efectos:

- La publicidad material positiva: significa que los actos inscritos (y publicados en el BORME) son oponibles a terceros, es decir, que producen sus efectos jurídicos frente a cualquier persona, aunque no haya tenido conocimiento efectivo de ellos.

- La publicidad material negativa: significa que los actos sujetos a inscripción (y publicación en el BORME) pero no inscritos (o no publicados) no son oponibles a terceros, es decir, que no producen sus efectos jurídicos frente a las personas que hayan adquirido derechos con posterioridad al acto sin conocerlo.

- La **eficacia respecto al hecho inscrito** se refiere al carácter declarativo o constitutivo de la inscripción. Esto significa que la inscripción puede tener una función meramente probatoria o una función creadora del derecho.

- La función declarativa es la norma general: significa que la inscripción no modifica ni crea el derecho, sino que simplemente lo hace constar oficialmente. El derecho existe con independencia de su inscripción y esta solo sirve para reforzar su prueba y su protección frente a terceros.

Lección V El registro mercantil

Capítulo XIV Principios registrales

- La función constitutiva es una excepción: significa que la inscripción es requisito indispensable para el nacimiento o transmisión del derecho. El derecho no existe sin su previa inscripción y esta le confiere plena validez y eficacia. Este es el caso de la constitución e inscripción de las sociedades mercantiles más comunes: las sociedades anónimas (SA), las sociedades limitadas (SRL) y las sociedades comanditarias por acciones (SCA)

Capítulo XIV Principios registrales

PRINCIPIO DE ROGACIÓN. La inscripción se practica a instancias del interesado -no de oficio por el registrador-. Con excepciones, por ejemplo, disolución de pleno derecho de sociedades transcurso del tiempo o por falta de cambio de la denominación social a que hubiera sido condenada la sociedad por sentencia firme por violación de Derecho de marca (D.a 17 LM) o cancelación del asiento sobre nombramiento administrador tras la caducidad del plazo para el que fue nombrado.

TITULACIÓN PÚBLICA. Sólo acceso al Registro de documentos públicos; documentos administrativos, judiciales y Escrituras públicas. Excepciones: inscripción del empresario individual; nombramiento o cese administradores o liquidadores.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD. Calificación por el registrador mercantil. Es **el examen que realiza el registrador por imperativo legal.** El Acto de calificación por el registrador: **obligatorio, independiente** (no instrucciones judiciales ni administrativas) y **personalísimo** (no cabe delegación).

Se califica la legalidad de las formas extrínsecas como son la capacidad y legitimación de los otorgantes que presentan la inscripción, además se comprobara la validez del contenido (crear un factor tan limitado que tiene poderes de mancebo, en ese caso el registrador te lo cuestiona).

El Plazo de calificación es de 15 días (salvo justa causa). Cuando la Calificación ocurre fuera de plazo (sin justa causa) produce reducción de aranceles de un 30% (art. 18.6 C.de c.). El interesado podrá pedir que se califique en el plazo de 3 días o calificación sustitutiva (conforme al cuadro de sustituciones de la L. Hipotecaria¹⁹).

PRINCIPIO DE OPONIBILIDAD. Esto significa que lo inscrito es oponible a los terceros de buena fe con dos excepciones:

– El acto inscrito no es oponible durante los 15 días siguientes a la inscripción, si se demuestra que no pudo conocerse (art. 21.2 C. de c), habrá de demostrarse que no se pudo conocer de ninguna manera; o el acto es oponible antes de la inscripción y publicación, si se demuestra que se conocía el acto (21.4).

¹⁹ **Por curiosidad:** Cuadro de sustituciones de la ley hipotecaria, esquema reducido:

- Concepto: mecanismo que permite solicitar la calificación de los documentos presentados en un registro de la propiedad por otro registrador distinto al competente por razón del territorio.
- Designación: por la Dirección General de los Registros y del Notariado, con registradores de la misma provincia o provincias limítrofes.
- Casos en que se puede aplicar:
 - Negativa a calificar por intervención o interés del registrador competente.
 - Recusación admitida del registrador competente.
 - Retraso injustificado en la calificación por el registrador competente.
 - Discrepancia con el criterio del registrador competente e impugnación de su calificación negativa.
- Procedimiento:
 - Solicitud al registrador del cuadro de sustituciones en el plazo de quince días desde la notificación o el retraso.
 - Calificación por el registrador sustituto en el plazo máximo de quince días desde que recibe el expediente.
 - Inscripción o devolución del expediente según sea favorable o desfavorable la calificación sustitutoria.

Lección V El registro mercantil

Capítulo XIV Principios registrales

— La segunda excepción es que puede ser oponible cuando está inscrito, pero no publicado. **Prevalece el contenido del Registro si se consigue demostrar que el tercero conocía la discordancia.**

Imaginemos que una sociedad le quita los poderes a un administrador y lo inscribe, pero uno de los socios que estaba en la reunión y sabía que se le había revocado el poder al administración contacta antes de la publicación, con este administrador y contrata con él, en este caso se puede hacer debido a que contrata fraudulentamente.

La regla general que se aplica cuando no se puede demostrar que la persona lo sabía se aplica que en caso de discordancia entre lo inscrito y lo publicado, el tercero tiene derecho de elección, pudiendo optar por la publicación si le fuera favorable (art. 21.3 C. de c.). EL BORME sólo publica extracto de lo inscrito.

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN. El contenido del registro se presume válido y exacto. Esta presunción es iuris tantum y no convalida los actos inscritos. Por eso, la presunción puede ser destruida mediante resolución judicial (art. 7.1 RM). La declaración judicial no perjudica los derechos de terceros adquiridos de buena fe. En algunos casos (impugnación acuerdos sociales), el juez puede suspender la eficacia del acto inscrito mientras se dilucida la validez del mismo. Esta sentencia no perjudica con efectos retroactivos a los terceros de buena fe.

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD FORMAL. El Registro Mercantil es público. Los medios para acceder a su contenido son: certificaciones (que acreditan fehacientemente los asientos; plazo de expedición: 5 días) o notas informativas (plazo de expedición: 3 días). El RMC sólo expide certificaciones en relación con la Sección de Denominaciones. Se pueden pedir notas simples e informar de los actos que recogen los territoriales pero el RMC solo puede expedir certificaciones de los actos que le incumben y esto son la llevanza de la sección de denominación, no puede hacerlo sobre las demás cuestiones dado que son competencia del registro mercantil territorial que corresponda, que sí que podrá emitir sus certificaciones propias.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD. El registrador practica los asientos por orden de presentación. El documento que se presenta primero tiene preferencia sobre los posteriores. Inscrito o anotado preventivamente un documento, no podrá inscribirse o anotarse otro de igual o anterior fecha que resulte opuesto o incompatible con él art. 10.1 RM.

Artículo 10. Prioridad. (Tachados los demás apartados dado que para este punto solo nos importa el primero)

- 1.-Inscrito o anotado preventivamente en el Registro Mercantil cualquier título, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que resulte opuesto o incompatible con él.
- 2.La prioridad de los títulos presentados se determinará por el orden de su presentación en el Registro Mercantil.
- 3.La prioridad de los títulos presentados en distintos Registros Mercantiles se determinará por la fecha y hora de su presentación en el Registro Mercantil Central.
- 4.La prioridad de los títulos presentados telemáticamente se determinará por la fecha y hora de su reexpedición en el Registro Mercantil correspondiente.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. Este principio tiene tres manifestaciones (importadas del Registro de la Propiedad): para inscribir un acto relativo a un sujeto, éste debe estar inscrito; para inscribir actos o contratos que modifican otros, éstos deben estar inscritos previamente; para inscribir actos o contratos otorgados por administradores, éstos deben estar inscritos previamente (art. 11 RM).

Artículo 11. Tracto sucesivo.

- 1.-Para inscribir actos o contratos relativos a un sujeto inscribible será precisa la previa inscripción del sujeto.
- 2.-Para inscribir actos o contratos modificativos o extintivos de otros otorgados con anterioridad será precisa la previa inscripción de éstos.
- 3.-Para inscribir actos o contratos otorgados por administradores, liquidadores o interventores será precisa la previa inscripción de éstos.

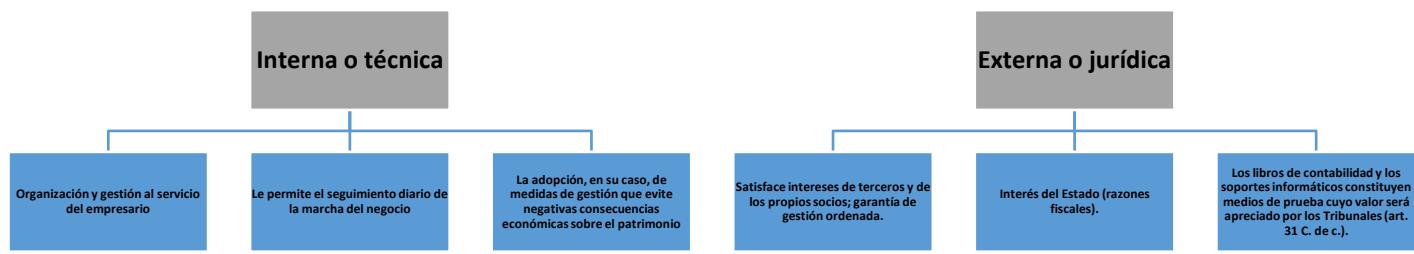
Lección V El registro mercantil
Capítulo XV La contabilidad Mercantil

4.-No se aplicará lo dispuesto en los apartados anteriores cuando se trate de actos o contratos otorgados por representantes voluntarios o legales, siempre que se acredite la representación en el mismo documento que contenga el acto o contrato que se pretenda inscribir.

Capítulo XV La contabilidad Mercantil

En esto lo que vamos a ver es las funciones que tiene la contabilidad, y luego la distinción entre la contabilidad forma (que libros) y la material (el cómo la llevan), esta contabilidad es vista como poderoso instrumento de organización y planificación del empresario, para cumplir con este objetivo se da que le dé la obligación de llevar una contabilidad que permita el seguimiento cronológico de todas las operaciones empresariales. El seguimiento diario de tales operaciones favorecerá, en su caso, la posible adopción de medidas de gestión necesarias que contribuyan a evitar determinadas consecuencias patrimoniales.

Esto tiene dos funciones:



Debido a que cumple estas cuestiones están importantes se da que esta contabilidad sea secreta (derecho al secreto contable) aunque no es absoluta, quebrando en el momento en el que deposita las cuentas anuales, cosa que es una excepción al secreto contable que también quiebra ante el estado; además de que esta contabilidad es no sólo es un método para medición de resultados económicos sino que, además, constituye un completo sistema información. La satisfacción de estas dos funciones explica que el modo de llevanza de la contabilidad no pueda quedar al arbitrio del empresario, así como que el secreto de contabilidad que como hemos dicho no es absoluto.

Esto deberes se generan en el seno del código de comercio para los empresarios individuales y en la ley de sociedades para estas. Esta información contable que emiten las empresas para que sea válida ante todo debe ser objetiva, imparcial y neutra. Además, es importante que sea clara y fácilmente comprensible por personas que no trabajando en la empresa desconocen su funcionamiento interno.

A este fin, atienden las normas contenidas en el RD 1514/2007, de 16 de noviembre, modificadas en 2009, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad [sistema general de cuentas normalizadas] y en el RD 1515/2007, de 16 de noviembre, [(modificada en 2010) por el que se aprueba el PGC de las PYMES y criterios contables específicos para microempresas. Ambos Reales Decretos han sido posteriormente modificados por el RD 602/2016, de 2 de diciembre (BOE núm. 304, de 17 de diciembre), son estos reales decretos los que establecen las normas a seguir para llevar la contabilidad.

Lección V El registro mercantil

Capítulo XV La contabilidad Mercantil

Por su parte, en la Ley de sociedades de capital se contiene una amplia y detallada regulación del deber de los empresarios de formular las Cuentas Anuales, destinando al efecto su Título VI a disciplinar, entre otras cuestiones, el contenido de las referidas Cuentas y de los documentos que la integran, la aprobación de las mismas y su depósito, el informe de gestión, así como la verificación contable. Para entender esto mejor vemos el artículo 25 del código de comercio nos dice que:

Artículo 25

- 1.-Todo empresario deberá llevar **una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios.** Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las Leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario.
- 2.-La contabilidad será llevada directamente por los empresarios o por otras personas debidamente autorizadas, sin perjuicio de la responsabilidad de aquéllos. Se presumirá concedida la autorización, salvo prueba en contrario.

De este artículo se deducen las necesidades legales de llevar esa contabilidad, y se ve que no se permite que se haga al arbitrio del empresario.

Por lo que el llevar contabilidad se trata de un deber legal que no conoce excepciones. Esta se aplica cualesquiera que sean las dimensiones de la empresa y cualquiera que sea el sector económico en el que desarrolle su actividad empresarial. Del art. 25 C. de c. se desprende, además, las exigencias a las que la contabilidad debe atender: ordenada, adecuada a la actividad de la empresa, ha de mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa.

En cuanto a los Requisitos personales vemos que la contabilidad se ha de llevar por los empresarios o profesionales independientes o sociedades profesionales (C. de c.). Con estos requisitos personales a lo que se refiere es a que la contabilidad que ha de llevar un empresario lo puede hacer por sí mismos o bien puede contratar a alguien que sea un profesional externo que lo haga, o bien encomendárselo a un tercero subordinado (un trabajador).

Esta contabilidad la lleve quien la lleve lo firmara el empresario, o por los administradores de la sociedad (si es una sociedad, claro). En cuanto a la conservación se da que el empresario ha de mantener los libros por 6 años a partir del último apunte, aunque haya cesado la actividad empresarial (art. 30 C. de c.). No sólo los libros, también la correspondencia y documentos originales.

No hay sanciones directas por el hecho de llevar una doble contabilidad, o bien se falsee la misma o simplemente no se lleve, esto no tiene consecuencias directas, pero si indirectas, y es que aquel sea declarado culpable en el concurso lo que se da es que se generan consecuencias muy negativas tanto para el empresario como para los administradores, dado que cuando un concurso se declara culpable los administradores puede ser que tengan que responder con su propio patrimonio.

Recapitulamos esto último y vemos por tanto que la legislación mercantil no contempla sanciones directas que prevean el incumplimiento de las prescripciones legales sobre contabilidad, pero sí establece sanciones indirectas: no llevanza de contabilidad, doble contabilidad o irregularidades en su llevanza: determinará la calificación del concurso como culpable²⁰.

²⁰ **Por curiosidad:** Decimos que un concurso culpable es aquel que se declara cuando el deudor ha incurrido en dolo o culpa grave en la generación o agravación de su estado de insolvencia. El concurso culpable conlleva una serie de consecuencias para el deudor, como la inhabilitación para administrar sus bienes, la pérdida de derechos sobre la masa activa o la responsabilidad por el déficit concursal. El juez del concurso es el encargado de calificar el concurso como culpable o fortuito, previa audiencia de las partes interesadas.

Lección V El registro mercantil

Capítulo XV La contabilidad Mercantil

Para lo que si hay consecuencias directas es para las faltas de depósito de las cuentas anuales por la cual la falta de depósito de las Cuentas anuales resulta expresamente sancionada por el art. 283 LSC, previendo al respecto la imposición a la sociedad de una multa de entre 1.200 a 60.000 euros, atendiendo a la dimensión de la sociedad.

Además, el art. 282 LSC establece que el incumplimiento del referido deber de depósito determinará el cierre registral, esto es, que se impida la inscripción en el RM de documento alguno referido a la sociedad -a excepción de aquellos a los que se refiere el 283.2- en tanto el incumplimiento persista. Para esto hay que verse este esquema:

Formulación de la cuenta – 3 meses	Estos meses son desde el cierre del ejercicio, estas van en un libro a ser legalizado por el registrador mercantil.
Legalización – 4 meses	Estas cuentas tendrán que estar formulada, es decir elaboradas, se da que el que formula estas lo haga los administradores (en una sociedad mercantil), tras ello es legalizado por el registrador mercantil.
Aprobación – 6 meses	La aprobación lo hará la junta general, es decir los socios de la sociedad, estos no pueden modificarla sino que deben solo aprobarlas.
Depósito – 1 mes	Tras la aprobación, deberá ser depositada en el registro mercantil, si no se depositan antes de la fecha límite se da que se de multa y cierre registral.

Se da que el artículo que regula el régimen sancionador es el 283 y el cierre registral el 282 de la LSC:

Artículo 282. Cierre registral.

1. El incumplimiento por el órgano de administración de la obligación de depositar, dentro del plazo establecido, los documentos a que se refiere este capítulo, darán lugar a que no se inscriba en el Registro Mercantil documento alguno referido a la sociedad mientras el incumplimiento persista.

2. Se exceptúan los títulos relativos al cese o dimisión de administradores, gerentes, directores generales o liquidadores, y a la revocación o renuncia de poderes, así como a la disolución de la sociedad y nombramiento de liquidadores y a los asientos ordenados por la autoridad judicial o administrativa.

Artículo 283. Régimen sancionador.

1. El incumplimiento por el órgano de administración de la obligación de depositar, dentro del plazo establecido, los documentos a que se refiere este capítulo, también dará lugar a la imposición a la sociedad de una multa por importe de 1.200 a 60.000 euros por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, previa instrucción de expediente conforme al procedimiento establecido reglamentariamente, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Cuando la sociedad o, en su caso, el grupo de sociedades tenga un volumen de facturación anual superior a 6.000.000 euros el límite de la multa para cada año de retraso se elevará a 300.000 euros.

2. La sanción a imponer se determinará atendiendo a la dimensión de la sociedad, en función del importe total de las partidas del activo y de su cifra de ventas, referidos ambos datos al último ejercicio declarado a la Administración tributaria. Estos datos deberán ser facilitados al instructor por la sociedad; su incumplimiento se considerará a los efectos de la determinación de la sanción. En el supuesto de no disponer de dichos datos, la cuantía de la sanción se fijará de acuerdo con su cifra de capital social, que a tal efecto se solicitará del Registro Mercantil correspondiente.

3. En el supuesto de que los documentos a que se refiere este capítulo hubiesen sido depositados con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionador, la sanción se impondrá en su grado mínimo y reducida en un cincuenta por ciento.

4. Las infracciones a que se refiere este artículo prescribirán a los tres años.

Estas cuentas solo deben depositarlas las sociedades mercantiles, anónimas, limitadas, comanditarias, hay más, pero ya las veremos.

Lección V El registro mercantil**Capítulo XV La contabilidad Mercantil****Capítulo XV A. Los requisitos de llevanza:**

El Artículo 25.2 CCom nos dice que la contabilidad formal hace referencia a los Libros y documentos contables que han de llevar los empresarios, mientras que la contabilidad material alude a la forma en que se ha de expresar el resultado del ejercicio de un empresario, los resultados de la compañía, positivos o negativos.

Los requisitos formales pueden ser:

- **Extrínsecos:** la legalización (art. 27) [cuerpo continuo de páginas, numeradas correlativamente, a fin de evitar que la contabilidad pueda ser alterada]. Tradicionalmente, se ha llevado a cabo en el RM del domicilio, sin embargo, el art. 18 de la Ley de emprendedores ordenó la legalización telemática y anual de todos los libros de los empresarios -no sólo los contables-. La Instrucción de la antigua DGRN de 17 de febrero de 2015 instaura la legalización telemática de todos los libros del empresario. En consecuencia, conforme se establece en la referida Instrucción, todos los libros que obligatoriamente deban llevar los empresarios han cumplimentarse en soporte electrónico y presentarse para su legalización por vía telemática dentro de los cuatro meses siguientes al cierre del ejercicio social.

- **Intrínsecos:** El art. 29 C. de c. Establece que los libros se han de llevar con claridad, por orden de fechas sin espacios en blancos ni tachaduras. Sin embargo, las nuevas exigencias formales impuestas en materia contable -básicamente exigencia del soporte electrónico- han propiciado la ineeficacia de muchas de las exigencias impuestas por el Código. Se da que este **artículo 29 carece hoy de aplicabilidad** en la cuestión de que no puede tener tachaduras y demás.

Capítulo XV B. Libros obligatorios**19. Libros generales****19a. Libro de inventario y cuentas anuales**

Es un registro contable periódico y sistemático. Se abrirá con un balance inicial detallado de la empresa; al menos trimestralmente se transcribirán los balances de comprobaciones; y al cierre de cada ejercicio se transcribirán también el inventario de cierre y las cuentas anuales (CA).

Las Cuentas Anuales comprenden el **Balance**, la **Cuenta de Pérdidas y Ganancias**, el Estado de cambios en el patrimonio neto, el Estado de flujos de efectivo y **la Memoria**.

La Ley impone a las sociedades mercantiles el deber de redactar las CA como medio de conocer la situación económica del empresario. La finalidad de las CA es obtener una imagen fiel de la situación de la empresa, esto es, se pretende así que la contabilidad de la empresa permita obtener una representación lo más exacta y veraz posible de la realidad de la empresa; tanto por lo que se refiere al Activo y Pasivo y a su situación financiera como a las ganancias y pérdidas obtenidas en el ejercicio.

Aunque todos los empresarios tienen el deber de llevar una contabilidad ordenada, en la práctica se distingue entre Cuentas anuales normales, CA abreviadas y CA de PYME. La principal diferencia entre las CA normales y las abreviadas reside en que estas últimas tienen un formato más simple, donde hay una menor desagregación de la información.

Se da que dentro de estos no todos las empresas tengan que hacer los 4 registros que componen este libro, se da que la ley aplica a las pymes y a las microempresas unas cuentas anuales abreviadas, a las cuales se puede optar cuando se cumplan 2 de estos 3 requisitos:

Lección V El registro mercantil

Capítulo XV La contabilidad Mercantil

- a) Que el total de las partidas del activo no supere los cuatro millones de euros
- b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los ocho millones de euros.
- c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.

Esto significa que no se tiene que realizar los registros sobre el Estado de cambios en el patrimonio neto, el Estado de flujos de efectivo. Estas cuentas anuales han de ser firmadas por el empresario si se trata de persona natural; por todos los socios ilimitadamente responsables, si se trata de s. colectiva o comanditaria, y por todos los administradores en los casos de SA y SRL.

Mediante la firma se asume la autoría jurídica de las cuentas y se responde de su veracidad. En la antefirma deberá figurar la fecha de formulación de las CA. Vemos ahora cuales de estos son los libros obligatorios SIEMPRE dentro del libro general que es el libro de inventario y cuentas anuales; estos son:

Balance²¹

Es un documento contable en el que figuran, agrupados, los elementos patrimoniales de la sociedad, estos aparecen en dos columnas activo y pasivo, el activo es la estructura patrimonial y el pasivo la estructura financiera. Se da que se diga que el balance es una foto fija dado que ofrece la imagen de la situación de la empresa en un momento determinado.

Las cuentas del Activo representan el valor de los bienes y derechos del empresario y las del Pasivo indican la procedencia de los recursos que figuran en la columna del Activo. Además, en el Balance ha de figurar el Patrimonio neto (diferencia entre el Activo y Pasivo), diferenciando así los fondos propios del resto de las partidas que lo integran.

El Balance desempeña una función fundamental en cuanto constituye para empresarios y administradores un exponente de la marcha de los negocios y de la posibilidades futuras; para los socios que no participan en la gestión es un instrumento informativo muy relevante y para los acreedores les permite conocer la solvencia del deudo. Se suele hacer uno cada poco tiempo (2 meses o algo así).

Vemos un ejemplo de cómo se compone un balance:

ACTIVO= PN + PASIVO	
A) ACTIVO NO CORRIENTE <p>IMMOVILIZADO INTANGIBLE Propiedad intelectual. Aplicaciones informáticas. Amortización ac. del immobilizado intangible IMMOVILIZADO MATERIAL Terreno. Construcciones. Instalaciones técnicas. Equipo de oficina. Utilaje. Mobilario. Elementos de procesos de información. Elementos de transporte. Amortización ac. del immobilizado Material. INVERSIONES FINANCIERAS A I/p Inver. financieras a I/p en invt. de patrimonio. Créditos a I/p. Cartera de I/p. B) ACTIVO CORRIENTE Existencias Materias primas. Combustibles. Repuestos. Producción en oficina. Productos terminados. Déudores comerciales (Realizable) Clientes efectos comerciales a cobrar. Deudores efectos comerciales a cobrar. INVERSIONES FINANCIERAS A C/p (Realizable) Inversiónes financieras a c/p. Créditos a c/p. Cartera de efectos enajenación del immobilizado. Impresiones a c/p. Efectivo (Disponible)</p>	A) PATRIMONIO NETO Y PASIVO <p>CAPITAL Capital. Reserva legal. Reserva voluntaria. Reserva estatutaria. Resultado del ejercicio.</p> <p>B) ACTIVO NO CORRIENTE Deudas a tipo de unidades de crédito. Otras deudas a I/p. Proveedores de immobilizado a I/p. Efectos a pagar a I/p.</p> <p>C) PASIVO CORRIENTE Deudas con unidades de crédito a c/p. Otras deudas a c/p. Proveedores de immobilizado a c/p. Efectos a pagar a c/p. Proveedores. Proveedores, efectos comerciales a pagar. Acreedores. Acreedores efectos comerciales a pagar.</p>
<small>ORDENADO DE MENOR A MAYOR LIQUIDEZ</small>	<small>ORDENADO DE MENOR A MAYOR EXIGIBILIDAD</small>
<small>CIRCULANTE: Convertible en efectivo en un plazo inferior a un año</small>	<small>Fuente: www.economysublime.com</small>
<small>TOTAL ACTIVO A + B</small>	<small>TOTAL PAT. NETO + PASIVO (A+B+C)</small>
MODELO OFICIAL ABREVIADO DE BALANCE DE SITUACIÓN	
para selectividad de Andalucía 2020	

22

²¹ Por curiosidad: Ejemplo de estos 3 libros (balance, perdidas y ganancia y memoria: <https://youtu.be/pB31QT6rPxY>

22 Por Curiosidad: Las reservas legales y las reservas estatutarias son dos tipos de reservas que deben constituir las sociedades mercantiles. Las reservas **legales** son **obligatorias** por ley y se dotan con el 10% del beneficio líquido de

Lección V El registro mercantil
Capítulo XV La contabilidad Mercantil
La Cuenta de Pérdidas y Ganancias

Es un complemento del Balance. Su misión es mostrar cuál ha sido el resultado del ejercicio. Comprende los Ingresos y Gastos del ejercicio (agrupados en dos columnas DEBE y HABER), y por diferencia, el resultado de los mismos. Mientras el Balance muestra la situación financiera de la empresa en un momento concreto, la Cuenta de P y G, ofrece una visión dinámica del ejercicio, indicando el empleo de los recursos empresariales y cuál ha sido las causa de la existencia de beneficios o de pérdida.

La Memoria

Es un documento complementario que amplía la información del Balance y de la Cuenta de P y G. Frente al carácter esencialmente numérico de éstos, la Memoria es un texto que facilita información numérica y no numérica sobre algunos de los datos contenidos en los otros dos documentos.

La LSC establece en su art. 260 las menciones mínimas que ha de contener la Memoria de entre las que deben destacarse: los criterios de valoración de las diferentes partidas, indicación de las deudas con garantía real, la propuesta de aplicación de resultado (repartimos dividendos o hacemos reserva [lo deciden los administradores de la sociedad]), honorarios de auditor de cuentas, entre otras.

En el año 2007 se introdujeron dos grandes novedades tras la modificación del PGC por el RD de 2007, consistentes en la inclusión dentro de las Cuentas Anuales de dos nuevos documentos: el de Estado de cambios en el patrimonio neto (ECPN) y el de Estado de flujos de efectivo (EFE) que únicamente han de formular aquellas sociedades que No puedan formular Balance abreviado (art.257 LSC) y en el que aparecerán ordenados los cobros y los pagos realizados por las empresas.

Las Sociedades de Capital y el Emprendedor de Responsabilidad Limitada (adviértase la excepción respecto del empresario individual) han de depositar sus Cuentas Anuales cada año junto con el Informe de gestión en el Registro Mercantil, dentro del plazo de un mes desde la celebración de la Junta General que las aprueben. La sociedad tendrá que celebrar la Junta antes de que transcurran seis meses desde el cierre del ejercicio social. Por tanto, si el cierre coincide con el año natural (a 31 de diciembre), la Junta podría celebrarse hasta el 30 de junio del año siguiente y los administradores tendrían un mes (30 de julio) para depositar las cuentas en el Registro

19b. Libro diario

Este libro general recoge las operaciones día a día, aunque se admite anotaciones conjuntas no superior a un trimestre.

El libro diario de las empresas es un documento contable que registra cronológicamente todas las operaciones económicas que realiza una empresa. Es obligatorio llevarlo y legalizarlo anualmente en el Registro Mercantil.

cada ejercicio hasta alcanzar al menos el 20% del capital social. Las reservas **estatutarias son voluntarias** y se establecen por los **estatutos de la sociedad** según sus propios criterios. Ambas reservas tienen como finalidad garantizar la solvencia y la estabilidad de la sociedad. Las reservas voluntarias por otro lado es la que constituyen voluntariamente al fin del ejercicio, esto puede servir para incrementar el capital social con cargo a reserva u otras cuestiones.

Los dividendos son la parte del beneficio de una sociedad que se reparte entre los socios o accionistas como retribución por su participación en el capital social. El acuerdo de distribución de dividendos lo determina la junta general de la sociedad y puede fijar el momento y la forma del pago. Los dividendos están sujetos al Impuesto sobre Sociedades y pueden beneficiarse de un régimen de exención si se cumplen ciertos requisitos.

Las reservas de las sociedades mercantiles tienen como uso garantizar la solvencia y la estabilidad de la sociedad, así como financiar proyectos de inversión o compensar pérdidas. Recordemos que una sociedad puede tanto ampliar como reducir capital social debido a o bien una decisión interna o bien para equiparar capital con patrimonio.

Lección V El registro mercantil
Capítulo XV La contabilidad Mercantil

20. Libros especiales

Además de los libros contables de los que hemos hablado y son obligatorios se dan que hay otros libros de naturaleza no contable y es con eso a los que nos referimos con libros especiales.

Por lo que además de los generales, las sociedades mercantiles han de llevar otros libros obligatorios, particularmente el Libro de actas (recoge los acuerdos de los órganos de administración, convocatorias, constituciones y decisiones), Libro Registro de acciones nominativas (S. A.-), Libro Registro de Socios, (permite llevar un control de las personas que pierden y adquieren la condición de socios - SRL-).

Un libro que frecuentemente se utiliza, pero NO ES OBLIGATORIO es el Libro Mayor: Agrupa y sistematiza las operaciones de la empresa en diversas cuentas, de manera que reagrupa las operaciones de la empresa registradas en el Libro Diario. Tales operaciones se reagrupan en cuentas separadas e independientes (cuenta de capital, de caja, de bancos, de mercancías, de efectos a pagar). No es un libro obligatorio, sin embargo, es muy útil para conocer el saldo de distintas cuentas.

Capítulo XV C. El secreto contable

La contabilidad de los empresarios es secreta, cosa que ya decíamos dado que esta información en mano de un tercero puede generar gran perjuicio, pero se da que este secreto se hace sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales. Con la regulación del llamado derecho al secreto contable, el ordenamiento jurídico pretende preservar la esfera más personal del empresario --su contabilidad--, donde se recogen todas las transacciones que éste efectúa con terceros, y cuya información, en manos de usuarios ajenos a la empresa, podría resultar perjudicial para los intereses del empresario.

Esto se hace así para considerar que este no es un derecho absoluto dado que quiebra en los supuestos marcados por la ley, siendo quebrado en primer plano por el estado, pero también lo hace dado que las cuentas anuales han de ser depositadas en el registro, lugar donde alguien por la jurisdicción ordinaria (le dice al juez mercantil) que desea exponer públicamente por un interés legítimo una parte de esas cuentas, viéndose por tanto quebrado este derecho.

Lo que tenemos que saber es que, aunque existe este derecho, el artículo 32 que nos dice que "La contabilidad de los empresarios es secreta, sin perjuicio de lo que se derive de lo dispuesto en las Leyes" con lo cual el código nos da el derecho y a su vez la excepción.

Conviene tener en cuenta además lo dispuesto en los arts. 112 y ss de la Ley de jurisdicción voluntaria. Además, el secreto contable tampoco opera frente a la Administración pública, que por motivos fiscales o de control público, puede examinar la contabilidad del empresario.

En relación con las cuentas anuales debe tenerse en cuenta que, aunque, en principio, puedan tener acceso a las mismas quienes acrediten poseer interés legítimo en ello (ver diapositiva 9 sobre publicidad formal del RM), ello no implica que se incumpla el derecho al secreto contable, aunque en cierta medida, pueda resultar debilitado; dado que las C.A son sólo una parte resumida y escueta de la contabilidad del empresario.

Lección V El registro mercantil

Capítulo XV La contabilidad Mercantil

Capítulo XV D. Verificación Contable

Esta es la tarea que hacen los auditores de cuentas que lo que hacen es revisar las cuentas formuladas o bien por el empresario, los administradores o los profesionales que lo hagan por mandato de estos. Estos auditores lo que hacen es expresar su opinión técnica acerca del estado de las cuentas, pudiendo advertir o bien las consecuencias negativas, además de la opinión técnica de si las cuentas están reflejando el estado real del patrimonio, las personas que pueden llevar a cabo son personas físicas y/o jurídicas; a este auditor lo puede nombrar o bien la junta general o bien el registrador mercantil.

Por lo que vemos que:

— **Naturaleza de la actividad:** La actividad de auditoría de cuentas se caracteriza por la relevancia pública que desempeña prestar un servicio a la entidad revisada y afectar e interesar no sólo a ésta, sino también a los terceros que mantengan o puedan mantener relaciones con la misma, habida cuenta de que todos ellos, entidad auditada y terceros, pueden conocer la calidad de la información económica financiera auditada sobre la cual versa la opinión de auditoría emitida.

— **Concepto:** La auditoría de cuentas podría definirse como aquel proceso de revisión y verificación contable en el que un profesional cualificado e independiente habilitado legalmente para ejercer la auditoría de cuentas emite un informe con efectos frente a terceros en el que pone de manifiesto una opinión técnica responsable sobre las cuentas anuales examinadas.

— **Sujetos** que la llevan a cabo: Conforme al art. 8º Ley de Auditoría de Cuentas de 20 de julio de 2015, podrán realizar la actividad de auditoría de cuentas las personas físicas o jurídicas (sociedad de auditoría) que, reuniendo las condiciones a que se refieren los artículos 9º a 11 de la mencionada Ley, figuren inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y presten la garantía financiera a que se refiere el artículo 27 (proporcional al volumen de negocios).

— **Nombramiento de auditor:**

— — Por la *Junta general* antes de que finalice el ejercicio a auditar y por un período inicial no inferior a tres años ni superior a nueve. La Junta puede nombrar a una o varias personas físicas o jurídicas. Si fueran personas físicas se han de nombrar tantos titulares como suplentes. Cualquier cláusula contractual que limite el nombramiento de determinadas categorías o listas de auditores legales o sociedades de auditoría, será nula de pleno derecho.

— — Los *administradores* de la sociedad obligada a auditar sus cuentas y cualquier socio podrán solicitar el nombramiento al Registrador mercantil cuando la Junta no lo hubiera nombrado antes de que finalice el ejercicio a auditar o el auditor nombrado por aquélla no acepte el nombramiento. En las SA esta solicitud también puede realizarse por el comisario del sindicato de obligacionistas.

— — En las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, *los socios que representen, al menos, el 5%* del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio.

— **Revocación del cargo:** Cuando concurra justa causa, los administradores de la sociedad y las personas legitimadas para solicitar el nombramiento de auditor podrán pedir al secretario judicial o Registrador

Lección V El registro mercantil

Capítulo XV La contabilidad Mercantil

mercantil la revocación del que hubieran nombrado ellos o del designado por la junta general y el nombramiento de otro. La resolución de revocación recurrible ante los Juzgados de los Mercantil.

21. Obligados a auditar sus cuentas

La obligación de verificación contable solo es para los que presentan balance normal, mientras que los que pueden hacerlo por el abreviado que hablamos antes no tienen que hacerlo. Por lo que esta es obligatoria por prescripción legal. Entre otros supuestos, los siguientes: todos los empresarios que deban formular balance normal o, lo que es lo mismo, no puedan formular balance abreviado (art.263.2 LSC); todas las sociedades en las que, sin estar obligadas, en principio, a someter sus cuentas anuales a auditoría, los socios que representen, al menos, el 5% del capital social, lo hayan solicitado al Registro Mercantil en el plazo y la forma establecidos legalmente (art. 265.2LSC). Para los demás empresarios, individuales o sociales, la auditoría es voluntaria.

También puede darse de forma obligatoria por decisión judicial (art. 40 C. de c)

22. Labor

La LSC concibe la labor de los auditores como una garantía de control de la actuación de los administradores y por ello requiere su intervención. El auditor ha de emitir un informe sobre el resultado de la auditoría, que mencione, al menos: las observaciones sobre eventuales infracciones de las normas legales o estatutarias y los hechos que supongan un riesgo para la situación financiera de la sociedad.

Además, deberá contener su opinión técnica que podrá ser:

- a) Favorable: el auditor considera que las cuentas reflejan adecuadamente la imagen fiel de la sociedad. Es lo que en el argot de los auditores se llama un informe "limpio".
- b) Con reservas o salvedades: las cuentas anuales en su conjunto reflejan la imagen fiel, excepto por una o varias circunstancias relevantes que se detallan y cuantifican en la opinión.
- c) Desfavorable: las cuentas anuales no presentan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y del resultado de la sociedad, de conformidad con los principios y normas generalmente aceptados.
- d) Denegada: el auditor entiende que no le es posible expresar su opinión sobre las cuentas anuales. Debido a que no se le ofrecen los datos suficiente para crear un informe sobre la situación de la empresa.

El informe emitido por el Auditor junto con las Cuentas Anuales y el informe de gestión se ha de depositar en el Registro Mercantil, en el plazo de un mes desde la aprobación de las Cuentas por la JG.

Todo esto se hace con el plazo que ya vimos de 1 mes desde que se aprobaron las cuentas anuales, recordemos que el plazo máximo que se da después de esta aprobación para el depositar es de 1 mes, se da que recordemos que la junta general no puede modificar las cuentas, pero pueden decirle a los administradores que revisen y modifiquen ciertos puntos, la junta general son los propietarios de la sociedad que cuando se reúnen es cuando hay una junta general.

Lección V El registro mercantil**Capítulo XV La contabilidad Mercantil****Capítulo XV E. La consolidación contable**

Esta es similar a lo anterior, pero es el caso de las empresas matrices que poseen varias a estas se les llama consolidación contable.

Además de las cuentas anuales, los grupos de sociedades (situación en la que una o varias sociedades mercantiles se hallan bajo el control de una sociedad dominante, se trata así de sociedades jurídicamente independientes pero sometidas a una relación de dependencia y a una dirección económica centralizada) están obligados a formular unas cuentas consolidadas, que incluyen un balance consolidado, una cuenta de pérdidas y ganancias consolidada y una memoria consolidada que reflejen la imagen fiel del patrimonio de la situación financiera y de los resultados del grupo en su conjunto (art. 44 C.Com.). Estas cuentas consolidadas son elaboradas por la sociedad dominante del grupo, y formuladas por su órgano de administración.

Criterios para determinar la existencia de un grupo: arts. 42 a 49 C. de c. (7.^a Directiva y L. 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea):

- Define el grupo
- Delimita su ámbito
- Determina excepciones

Reglas técnicas de la consolidación: RD 1514/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidada.

Lección VI Propiedad industrial

Capítulo XVI Patentes de invención

Esta es la forma que tiene el estado para incentivar al particular a desarrollar una determinada técnica o invención que nos va a beneficiar a todos, con la patente lo que se le da es la exclusividad por un tiempo más que suficiente para recuperar la inversión, este plazo es de 20 años. Esto es un fenómeno que es bastante frecuente hoy. Además se da que por otro lado tenemos los modelos de utilidad, los cuales consisten en una patente.

Sin duda, el progreso técnico incide extraordinariamente en el desarrollo y bienestar social de un país. En los últimos años, la tecnología ha experimentado un desarrollo extraordinario gracias al esfuerzo de expertos cuya formación y actualización de conocimientos exigen cuantiosas inversiones.

Aunque la toma de decisiones y la inversión en I+D se confía a los particulares, al Estado corresponde crear un sistema de incentivos adecuados y proporcionados, que básicamente consiste en la concesión de un derecho temporal de concesión de explotación para el inventor que impida que, divulgado el invento, cualquiera lo incorpore al proceso de fabricación de sus productos.

Así, los incentivos que al respecto confiere el Estado al inventor consisten básicamente en garantizar la utilización exclusiva del invento por su creador o la persona en quien éste delegue durante el período de tiempo suficiente para recuperar la inversión. Por su parte, el no uso se considera, salvo supuesto concretos como renuncia a la exclusiva.

Invención y descubrimiento científico son conceptos distintos y ha de ser diferenciados:

- La invención resuelve un problema técnico susceptible de aplicación industrial. Es decir, aquello que se inventa ha de tener una aplicación industrial y por ello es posible que sea una propiedad industrial y por tanto una patente.
- El descubrimiento científico puede tener un carácter meramente especulativo; es decir sin aplicación industrial directa. Esta tendrá beneficios y derechos, pero no generará una patente.

Los derechos exclusivos que se otorgan a las creaciones industriales son de dos tipos que también ha de diferenciarse tenemos por lo tanto:

INVENCIONES → Los que tienen por objeto las invenciones de fondo

DIBUJOS Y MODELOS INDUSTRIALES ARTISTICO → Los que recaen sobre creaciones de forma, por ejemplo, esto es lo que protege la nueva forma, teniendo que junto al mismo objeto confluyen estos otros derechos que protegen por ejemplo la forma del móvil

Esto hace que nosotros nos enfoquemos en las invenciones de fondo que son las que constituyen patentes en España vemos que el régimen jurídico se da en la Ley de patentes 11/1986 de 20 de marzo incorpora en España el moderno derecho de patentes, a partir sobre todo del Convenio de Múnich sobre la Patente Europea de 5 de octubre de 1973. En julio de 2015 fue promulgada una nueva Ley de Patentes (Ley 24/2015) (LP), que introdujo novedades relevantes tratando de adecuar el marco legal a las necesidades actuales y facilitar la obtención rápida de títulos sólidos para los innovadores españoles.

El desarrollo de la LP se promulgó el RD 416/2017, de 31 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.

Lección VI Propiedad industrial

Capítulo XVI Patentes de invención

El Derecho de patentes es decisivo para el desarrollo económico y social, mediante la atribución al inventor o su causahabiente de un monopolio de explotación temporal de la invención, consistente en una facultad de prohibición frente a terceros, que le permita resarcirse de las cuantiosas inversiones en Investigación más Desarrollo (I+D), retrasando, gracias a este monopolio, la imitación de la invención por los competidores, que ningún esfuerzo han realizado para obtenerla.

El sistema de patentes intenta:

- Proteger la propiedad del inventor y recompensarle.
- Estimular las actividades de invención, inversión e innovación.
- Fomentar la divulgación y extensión del saber técnico.

El concepto y características de la patente se da de forma que la patente es un título otorgado por el Estado que confiere a su titular el derecho a explotar en exclusiva temporalmente (veinte años desde la fecha de su solicitud) la invención patentada y, en consecuencia, a impedir a otros la fabricación, venta o utilización comercial en España de la invención protegida.

Requisitos de patentabilidad:

La invención ha de reunir tres requisitos que se dan en el artículo 4 de la ley de patentes, el cual nos dice en su parte primera como que “Son patentables, en todos los campos de la tecnología, las invenciones que sean nuevas **impliquen actividad inventiva** y sean susceptibles de aplicación industrial”.

Normalmente las empresas lo que hacen es que no solicitan la inscripción solo de patentes sino también de modelos de utilidad, si no le conceden la patente ay veces que le conceden la otra la cual tiene lo mismo pero su duración es de 10 años en vez de 20.

Esta patente se aplica a todo lo que antes de la presentación solicitud se ha hecho accesible al público en España o en el extranjero

Se recomienda la búsqueda de patentes iguales o parecidas concedidas con anterioridad La búsqueda se puede realizar mediante las bases de datos de acceso gratuito de la OEPM.

Puede ser objeto de una patente: un procedimiento, un método de fabricación, una máquina o aparato, un producto. Lo primero que se hará en la oficina será ver que lo que se desea patentar no esté ya patentado, o que no esté excluido de parentalidad. (el proceso total suele tardar entre 10 y 20 meses, aunque eso lo hacen inmediatamente).

No puede ser objeto de patente: los descubrimientos, las teorías científicas o métodos matemáticos, los métodos económico-comerciales, los programas de ordenador, los procedimientos de clonación de seres humanos, las variedades vegetales y las razas animales, ni, en general, las invenciones que sean contrarias al orden público o las buenas costumbres. Aunque estos pueden estar protegidos por propiedad intelectual.

Tampoco se pueden proteger por patente las obras literarias, artísticas y científicas, cuya protección legal se lleva a cabo mediante los derechos de propiedad intelectual.

Lección VI Propiedad industrial

Capítulo XVI Patentes de invención

Capítulo XVI A. Protección de las invenciones en el extranjero. Prioridad unionista

En principio, las patentes son territoriales. Sin embargo, existe la posibilidad de proteger una invención en diferentes países. Para obtener dicha protección a nivel internacional existen varias vías por las que se puede hacer esta expansión²³:

Vía directa: Para proteger una invención en otros países miembros del Convenio de la Unión e Paris o de la Organización Mundial del Comercio, el solicitante puede ejercer el derecho de prioridad. Es virtud de este derecho, el solicitante cuenta con un plazo de 12 meses desde la fecha de presentación de su solicitud en cualquier país de la Unión europea para presentarla en otros países también pertenecientes a la Unión de Paris, manteniendo como fecha de presentación de esas solicitudes posteriores. In de la presentación en España (fecha de prioridad). La fecha en estos caso será la española, por lo que así se da que se evite que un tercero patente algo ya inventado.

Vía PCT: La persona interesada puede presentar una única solicitud (más cara) internacional según el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT). De este modo, sin necesidad de cursar por separado varias solicitudes de patente nacionales o regionales se otorga protección de patente en un gran número de países, concretamente con este sistema es posible iniciar la tramitación de manera simultaneas, a través única solicitud, en 148 países. Dicha solicitud podrá presentarse o en las Oficinas nacionales o en la Oficina internacional (OMPI). Los solicitantes españoles tienen una gran ventaja ya que la OEPN es Administración Internacional de Búsqueda y Examen Preliminar Internacional, por lo que pueden realizar todas las actuaciones relativas a la tramitación de acuerdo con el PCT hasta la entrada en la Fase Nacional (mes 30 desde la fecha de prioridad) en español y de una manera accesible.

La vía europea: Existe también la posibilidad de protección en un ámbito regional. Concretamente un sistema de patente europea permite obtener protección mediante una solicitud de "patente europea direct" con designación en aquellos Estados europeos en que se quiere obtener protección y sean parte del Convenio Europeo de Patentes. Así, se puede obtener protección en hasta 38 países del ámbito europeo (miembros en mayo 2011). Esta es también una única sola patente que se aplica para todos los estados miembros.

La solicitud de Patente Europea puede ser presentada ante la OEPN, pero es tramitada por la Oficina Europea de Patentes y la concesión produce el efecto de una patente nacional en cada uno de los Estados para los que se otorga.

Esta solicitud se puede presentar en español, en cuyo caso se aplica un descuento de un 20% sobre la tasa de presentación (en cualquiera de las modalidades on-line o en papel y otro 20% a la tasa de examen (Regla 6.3 del Convenio de Patente Europea). Esta solicitud deberá ser traducida a uno de los idiomas oficiales antes de dos meses.

²³ Lo que hay que saber de esto es el proceso pero no todo de memoria.

Lección VI Propiedad industrial

Capítulo XVI Patentes de invención

Capítulo XVI B. La Patente

CONCESIÓN: Procedimiento eminentemente administrativo que se inicia con la solicitud presentada personalmente o a través de Agente en la OEPN. En las diferentes CCAA se hallan habilitados Centros personalmente regionales de información sobre propiedad industrial.

SOLICITUD:

La presentación de solicitud lleva aparejada el pago de la tasa correspondiente, así como de la tasa por realización del informe sobre el estado de la técnica. Además, la publicación de la presentación de la solicitud otorga protección provisional. Art. 67 LP

El contenido de la solicitud será en castellano y tendrá incluido:

- Instancia de solicitud según Modelo Oficial,
- Descripción de la invención.
- Una o varias reivindicaciones: delimitan en sentido amplio el objeto de la invención. Define el alcance de la protección jurídica que se define (el alma de la patente)²⁴.
- Dibujos, a los que se refieran la descripción.
- Un resumen de la invención.
- Lugar de presentación

Si la invención se refiere a materia biológica de origen vegetal o animal la solicitud deberá incluir la mención de su origen geográfico o la fuente de procedencia de dicha materia.

²⁴ El sentido de estas es que cuanto mas preciso se sa en esta mas difícil es que alguien copie alguna cualidad de la misma. Por lo que lo que se protege es aquello que se describa y es por ello por lo que habrá de hacerse la reivindicación, algunos ejemplos de esto:

Producto de bollería relleno de producto lácteo y fresa triturada caracterizado porque el relleno presenta la composición siguiente:

- jarabe de glucosa 55-70%
- azúcar 15-25%
- fresa triturada 15-20%
- leche fermentada deshidratada 2-3%¹⁰
- agente gelificante 0,2-0,4%
- conservante 0,002-0,005%
- aromas 0,05-1%

Peine para tratamiento de cabellos, que puede utilizarse como peine convencional, formado por un cuerpo principal (1), un mango (6) y dotado al menos de dos púas (3) caracterizado porque presenta: - un depósito para albergar un producto de 10 tratamiento conectado con las púas (3) que son brechas y presentan un orificio (4) de salida del producto medios de impulsión del producto que posibilitan la salida del mismo por los 15 orificios (4) de las púas.

2. Peine para tratamiento de cabellos según reivindicación 1 en el que los medios de impulsión del producto consisten en unas zonas²⁰ flexibles (8) localizadas en el mango (6) rodeadas de una parte de naturaleza rígida (7) del propio mango y determinantes de que la presión ejercida sobre las mismas se transmita al depósito del cuerpo principal (1) bombeando²⁵ el producto que allí se encuentra facilitando su salida por los orificios (4) de las púas de manera controlada. 3.- Peine para tratamiento de cabellos según³⁰ reivindicación I caracterizado porque el depósito que alberga el producto de tratamiento es un carmcho (9) recambiable y/o recargable.

Lección VI Propiedad industrial

Capítulo XVI Patentes de invención

Además, la solicitud deberá designar al inventor. Si el solicitante no es el inventor, deberá indicarse cómo ha adquirido el solicitante el derecho de patente; esto se da dado que el derecho moral del inventor es el de ser nombrado en la patente, es necesario decir porque el titular de la patente no es el inventor (*Por ejemplo, algún raro de ingeniería inventa algo y la UCA le saca la patente, el titular de la patente, pero el inventor es el otro.*)

El lugar de presentación es directamente en la Oficina Española de Patentes y Marcas o bien en los registros de cualquier órgano administrativo, de la Administración General del Estado, de cualquier Administración de las CCAA o de aquellas entidades de la Administración Local que tengan suscrito el oportuno convenio. También se puede hacer en las Oficinas de Correos. Además de en las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.

Los pasos para esta inscripción son:

En el plazo de 10 días siguientes a su recepción, la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) comprobará si la solicitud de patente cumple los requisitos para que se le otorgue una fecha de presentación y si es así, la Admitirá a trámite.

La OEPM comprobará que el objeto de la solicitud no está manifiestamente y en su totalidad excluido de la patentabilidad.

La OEPM emitirá, un informe sobre el estado de la técnica y una opinión escrita, preliminar y no vinculante, relativos a la solicitud de patente, realizados sobre la base de las reivindicaciones, teniendo debidamente en cuenta la descripción y, en su caso los dibujos o secuencias biológicas.

Transcurridos 18 meses desde la fecha de presentación de la solicitud o desde la fecha de prioridad que se hubiera reivindicado y superado el correspondiente examen de oficio, la OEPM ubicar lo antes posible la solicitud de Parente haciendo el correspondiente anuncio en el «Boletín Oficial de la Propiedad Industrial (BOPD) y poniendo a disposición del público los documentos obrantes en el expediente de la solicitud de patente publicada. Publicada la solicitud cualquier persona podrá formular observaciones debidamente razonadas.

La OEPM examinará previa petición del solicitante y de acuerdo con lo establecido en el Reglamento, si la solicitud de patente y la invención que constituye su objeto cumplen los requisitos formales, técnicos y de patentabilidad establecidos en la Ley.

Si el examen no revele la falta de ningún requisito que lo impida, la OEPM concederá la atenta solicitada.

La nueva Ley de Patentes ha simplificado y unificado el procedimiento de concesión y ha introducid modificaciones en la tramitación en pro de una mayor agilidad de la concesión, que podría acelerarse un año.

Lección VI Propiedad industrial**Capítulo XVI Patentes de invención****Capítulo XVI C. Titularidad de la patente**

El titular podrá transferir los derechos por sucesión, por donación o por concesión:

La licencia es el contrato mediante el cual el titular de la patente faculta a otra persona para su explotación, a cambio del pago de un canon (art. 83 LP). La licencia puede o no ser exclusiva. De modo que, salvo contrario, el licenciante pode otorgar más de una licencia, además de explotar por sí mismo la invención. Los titulares de licencia, salvo pacto en contrario, no podrán cederlas a terceros.

Tipos de licencias contractual, de pleno derecho, obligatoria. Supuestos de licencia obligatoria: falta de explotación en el plazo legalmente establecido; explotación interrumpida durante plazo superior a un año, motivos de interés público (salud pública); dependencia de patente.

Entendemos que el que tiene la licencia puede o bien ceder plenamente la posibilidad de explotación o bien parcialmente, el canon (coste al otro) será más alto dependiendo de lo que se pacte.

Las realizadas Universidades, principio, pertenecen a éstas (art. 21 LP. Véase también el Reglamento de Patentes de la UCA). Las Oficinas invenciones Transferencias Resultados de Investigación (OTRI) se encargan comercializarlas.

Las Invenciones laborales (arts. 15 a 21 LP) nos da que estas son las que tienen lugar en el ámbito empresarial, es decir cuando es un trabajador del empresario que es el que inventa eso, la cuestión es de quien son esos derechos y eso depende de:

- ✓ Fruto de una actividad de investigación expresa. Pertenecen empresario) [Art. 15 LP (**invenciones de servicios**) Si el trabajador era contratado exprofeso solo para a investigación de eso.
- ✓ Las realizadas por el trabajador al margen de su relación laboral (art. 16 1 (**invenciones libres**)] Este es aquel trabajador que trabaja en algo, pero de forma particular al margen de la empresa (en su casa se come la cabeza) lo inventa, por lo que es únicamente del trabajador.
- ✓ Logradas por el empleado, no contratado por el empresario para investigar pero realizadas gracias a conocimientos adquiridos en la empresa (titularidad del empresario pero éste debe justa compensación económica al trabajador) Art. 17.2 LP (**invenciones mixtas**). En estas la invención tiene lugar dentro del ámbito empresarial pero ese trabajador no fue contratado para realizar esa invención, sino que lo que hace es desempeñar su actividad laboral y como consecuencia de ello advierte de improvisto una invención sucesible de patente, en esta los derechos son del trabajador, pero habrá de darle una justa compensación al trabajador.

Lección VI Propiedad industrial

Capítulo XVI Patentes de invención

Capítulo XVI D. Derechos y obligaciones del titular de la patente derechos

– Derecho moral del inventor (inalienable e irrenunciable). La titularidad de la patente no otorga por sí misma este derecho. El art. 14 LP reconoce que el inventor puede invocar su derecho moral frente al solicitante y/o titular de la patente. La LP impone la obligación de que el inventor figure en la solicitud, además, inventor, la solicitud deberá acompañarse de una declaración en la que se indique cómo el solicitante ha adquirido la patente (transmisión del derecho a la obtención de la patente a un tercero; fallecimiento del inventor y posterior solicitud por sus causahabientes o herederos).

– Derecho patrimonial del titular:

- o Impedir que los terceros puedan fabricar o comercializar la invención sin consentimiento. Contra aquél que fabrique o comercialice la invención registrada pueden ejercerse acciones judiciales.
- o Impedir la oferta del producto

23. Obligaciones

– Explotar la patente. Plazo máximo 4 años desde la fecha de presentación de la solicitud o 3 desde la publicación de la concesión en el BOPI, aplicándose el plazo que expire más tarde (art. 90.2 LP). Se hace prevalecer el interés general frente a la pretensión del titular de la patente de evitar el aprovechamiento del invento por la colectividad. Porque si no se explota la patente se extingue.

– Pagar las tasas (tasas de solicitud y de mantenimiento). Las tasas que deben satisfacerse figuran en el Anexo de la Ley de Patentes. La falta de pago conduce en última instancia a la caducidad de la patente. Si bien la Ley consiente el pago con retraso [sanción: pago de recargo del 25% (retraso inferior a tres meses) al 50% (retraso superior a tres meses) dependiendo del retraso producido]. Las anualidades deben pagarse por años adelantados coincidiendo en fecha de devengo con la del último día del mes del aniversario de la fecha de presentación de la solicitud. Además, se da que esa caducidad no es automática, sino que primero se ponen los recargos y demás, dado que la misma ley contempla el retraso en el pago de las tasas.

La nueva Ley de Patentes incrementa las tasas hasta 400 euros, si bien aumenta también las exenciones de las mismas para Universidades y emprendedores. Así, el art. 186 LP. otorga a los emprendedores personas físicas que se ajusten a la definición de los mismos contenida en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, así como las PYMES de una reducción de tasa del 50%.

Además, la presentación de la solicitud por medios electrónicos también lleva aparejada una exención del 15% (art. 186.2 LP)

Lección VI Propiedad industrial**Capítulo XVI Patentes de invención****Capítulo XVI E. Acciones contra la violación del derecho de patente**

Las acciones que se pueden y se ejecutan son:

- Lo primero que se da es la cesación de los actos que violen su derecho.
- Indemnización de los daños y perjuicios que haya sufrido por ello

El que viola la patente debe indemnización de los daños y perjuicios sin necesidad de que el titular de ésta tenga que probar la mala fe del infractor (a diferencia de la competencia desleal: art. 18 LCD). La violación de la patente por sí misma presume la existencia de perjuicios, que se han de cuantificar.

El art. 74 LP, en sus apartados 1 y 2, regula la cuantificación de la indemnización de daños y perjuicios, que incluye la pérdida y la ganancia que haya dejado de obtener, incluso los gastos de investigación para obtener pruebas de la comisión de la infracción.

- Embargo de los objetos producidos o importados. (*Le expropian a maria todas las fregonas que ha creado violando el derecho de patente de mari paz, esto lo que hace es que, si a maria le impone 100.000@ de indemnización, estos bienes se computan por lo que si estos valían 40.000€ maria paga solo 60.000€*)
- Atribución en propiedad de los objetos embargados cuyo valor se imputará al importe de la indemnización de los daños y perjuicios debida. La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la infracción.
- Excepcionalmente, publicación de la sentencia condenatoria del infractor mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas.

Estas se enumeran en el artículo 71 y prescriben en 5 años.

Capítulo XVI F. Caducidad de la patente

Las patentes tienen una duración de 20 años (término improrrogable) contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud. Las Causas de caducidad (art. 108 LP) son:

- Transcurso del plazo de 20 años, pasando a partir de ese momento a ser de dominio público.
- Renuncia del titular.
- Falta de pago en tiempo oportuno de una anualidad (salvo que se justifique que el impago se ha debido a fuerza mayor. Rehabilitación de la patente por la OEPM) y, en su caso, de la sobretasa correspondiente.
- Por falta de explotación de la invención en los dos años siguientes a la concesión de la primera licencia obligatoria. Si no se explota la patente se produce la explotación de la misma.
- Por incumplimiento de la obligación de explotación prevista en el art. 90 LP.

Artículo 90. Obligación de explotar.

1. El titular de la patente está obligado a explotar la invención patentada bien por sí o por persona autorizada por él mediante su ejecución en España o en el territorio de un Estado miembro de la Organización Mundial del Comercio, de forma que dicha explotación resulte suficiente para abastecer la demanda en el mercado español.
2. La explotación deberá realizarse dentro del plazo de cuatro años desde la fecha de presentación de la solicitud de patente, o de tres años desde la fecha en que se publique su concesión en el «Boletín Oficial de la Propiedad Industrial», aplicándose automáticamente el plazo que expire más tarde.
3. La prueba de que la invención está siendo explotada de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 incumbe al titular de la patente.

Capítulo XVII

Modelos de utilidad

Esto es un invento que tiene menor capacidad inventiva y por ello menor potencia, se refiere a que lo que protege este no es la invención sobre modelos de producción sino sobre el objeto se da cuando lo que se mejora es la estructura o armazón de un producto que ya existe y es conocido.

Los modelos de utilidad (MU) son invenciones industrialmente aplicables que, siendo nuevas e implicando actividad inventiva, consisten en dar a un objeto o producto una configuración, estructura o composición de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación. El dispositivo, instrumento o herramienta protegible por el MU se caracteriza por su "utilidad" y "practicidad" y no por su "estética" como ocurre en el diseño industrial. Los MU aluden a objetos ya conocidos respecto de los cuales la invención constituye una innovación en su apariencia o en su armazón. La novedad ha de componer una ventaja para el uso o fabricación del objeto ya conocido. El titular del MU obtiene los mismos derechos que el de una patente de invención, si bien la protección se concede por un plazo improrrogable de 10 años contados desde la fecha de presentación de la solicitud. La nueva Ley de Patentes respecto del régimen anterior, establece que la novedad exigida a los MU ha de ser mundial (desaparece el concepto anterior de novedad relativa o nacional).

La diferencia fundamental entre el MU y el diseño industrial reside en que el primero constituye una auténtica invención mientras el diseño industrial tiene como característica su forma nueva que no cumple ninguna función técnica y, por tanto, no implica ninguna invención. Su régimen se consagra en la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial. La protección del diseño industrial es de 5 años, que será susceptible de renovación hasta en cuatro ocasiones (25 años máximo).

Capítulo XVII A. Procedimiento

El procedimiento para solicitar un modelo de utilidad requiere que la solicitud contenga la indicación de que se solicita un modelo de utilidad, las informaciones que permitan identificar al solicitante o contactar con él, y una descripción de la invención para la que se solicita el modelo de utilidad, aunque no cumpla con los requisitos formales establecidos en la Ley, o la remisión a una solicitud presentada con anterioridad.

La OEPM no lleva a cabo examen sustantivo en el procedimiento de concesión de modelos de utilidad, es decir, no examina la novedad, la actividad inventiva, la suficiencia de la descripción ni la aplicación industrial. Tampoco se realizará el informe sobre el estado de la técnica ni se emitirá la opinión escrita, previstos para las patentes de invención.

La pieza fundamental del procedimiento es el llamamiento a oposición de los terceros que tiene lugar con carácter previo y no posterior a la concesión. En la oposición formulada podrá alegarse la falta de alguno de los requisitos legales exigidos para su concesión, incluidas la novedad, la actividad inventiva, la aplicación industrial o la suficiencia de la descripción. Dicha oposición podrá llevarse a cabo dentro de los dos meses siguientes a la publicación de la solicitud en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial.

Transcurridos los plazos legales sin que se hayan presentado oposiciones, la OEPM dictará resolución concediendo el modelo de utilidad solicitado. En tanto no sean incompatibles con las especialidades de los modelos de utilidad, éstos se regirán por las disposiciones relativas a las patentes.

Los títulos de protección de topografías de productos semiconductores son una modalidad de propiedad industrial que se refiere a los circuitos integrados electrónicos. Su fin es proteger el esquema de trazado de las distintas capas y elementos que componen el circuito integrado (chips), su disposición tridimensional y sus interconexiones, lo que en definitiva constituye su "topografía". Estos circuitos integrados permiten procesar información, guardar memoria, entre otras cosas. La duración de la protección es de diez años.

Lección VI Propiedad industrial

Capítulo XVIII Marcas

Esto es una categoría independiente y se protege mediante su registro con su propio plazo.

Capítulo XVIII Marcas

La Ley de Marcas fue modificada por el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de Directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados. La Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, se incorpora al ordenamiento jurídico español. La Directiva añade los principios normativos esenciales del Reglamento (CE) 207/2009 y supera la aproximación limitada de la Directiva 2008/95/CE. La reforma introduce varias novedades en la Ley de Marcas. Las principales novedades que introdujo esta reforma:

- Antes de la reforma, la marca debía ser representada gráficamente. Ahora, la marca puede ser no convencional, como una marca sonora, olfativa o táctil. Para que la marca pueda ser registrada, debe ser susceptible de representarse por cualquier medio, como sonido, vídeo, holograma, etc. El objeto de la protección que se otorgue al titular debe poder determinarse con claridad. El artículo 4.^º de la Ley de Marcas se ha modificado para incluir los signos que pueden constituir marcas, como las palabras, los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, los colores, la forma del producto o de su embalaje, o los sonidos. Estos signos deben ser apropiados para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas y ser representados en el Registro de Marcas de manera tal que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su titular.
- La nueva ley de marcas ha eliminado la distinción entre marcas notorias y marcas renombradas. Ahora, el reconocimiento de la existencia de renombre por parte del organismo competente permite proteger las marcas registradas respecto de solicitudes posteriores que resulten idénticas o similares, sin importar la clase de productos o servicios a los que se vincule la marca, por lo que ya no se requiere una representación gráfica, pudiendo ser una marca incluso sonora o bien un olor, aunque su descripción y demostración es difícil.
- La nueva legislación refuerza la protección de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas, términos tradicionales de vinos, especialidades tradicionales garantizadas y obtenciones vegetales, mediante las prohibiciones absolutas de su artículo 5^º. Los nuevos apartados h), i), j) y k) del artículo 5^º establecen estas prohibiciones absolutas. El principio de especialidad que hace que a protección sea al objeto concreto no se aplica a las marcas renombradas (no puedo llamar a un tenis, tenis Coca-Cola).
- Se introduce una medida importante para combatir la falsificación y la piratería de terceros países. El titular de una marca registrada puede ejercer el “ius prohibendi” contra las mercancías de terceros países que, aunque no se hayan comercializado, lleven un signo idéntico o virtualmente idéntico a la marca registrada.
- La Ley de Marcas española ha sido armonizada con la normativa europea. Una de las novedades más relevantes es la introducción de la posibilidad de pedir prueba de uso al oponente que trate de impedir el registro de una nueva marca, siempre y cuando aquélla lleve registrada al menos cinco años. En consecuencia, el solicitante de la nueva marca podrá requerir al oponente para que acredite el uso efectivo de la misma, o en su caso la existencia de una justificación por su falta de uso (art. 21.3 LM). La novedad de 2018 es que cuando haya un oponente al registro el que desea inscribirlo, puede requerirle al oponente que demuestre el uso de la marca, porque si no la utiliza le inscriben en el registro.

Lección VI Propiedad industrial

Capítulo XVIII Marcas

21.3 LM: «A instancia del solicitante, el titular de la marca anterior que hubiera formulado oposición aportará la prueba de que, en el curso de los cinco años anteriores a la fecha de presentación o fecha de prioridad de la marca posterior, la marca anterior ha sido objeto de un uso efectivo, conforme a lo previsto en el artículo 39, o de que han existido causas justificativas para su falta de uso, siempre que en dicha fecha de presentación o prioridad de la marca posterior la marca anterior lleve registrada al menos cinco años, conforme a lo previsto en el artículo 39. A falta de dicha prueba, se desestimará la oposición»

Capítulo XVIII A. Concepto

Una marca es un signo que se utiliza para diferenciar los productos o servicios de una empresa de los de sus competidores. Pueden ser palabras, letras, números, dibujos, fotos, formas, colores, logotipos, etiquetas, o una combinación de estos elementos, que se emplean para diferenciar productos o servicios. Esto lo que permite es diferenciar los productos de un empresario sobre los de los demás.

Hemos de distinguir ciertas figuras afines entre las que vemos:

El nombre comercial (ZARA) es el signo o denominación que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para individualizarla y distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares. La existencia de un nombre comercial anterior puede determinar la denegación de una marca solicitada posteriormente. Por otro lado, la **denominación social** (INDITEX S.A.) es el nombre que identifica a una persona jurídica en el tráfico mercantil como sujeto de relaciones jurídicas y, por tanto, susceptible de derechos y obligaciones. Aunque la marca, el nombre comercial y la denominación de un empresario podrán ser diferentes, nada impide que merced a concentrar sus esfuerzos publicitarios, por ejemplo, tales signos coincidan.

El régimen vigente de las marcas contenido en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (LM) no contempla (a diferencia de la legislación anterior), el rótulo de establecimiento, como signo distintivo registrable.

Por su configuración encontramos las siguientes clases de marcas por su configuración:

- **Marcas denominativas:** palabras o combinaciones de palabras (arbitrarias o de fantasía), cifras, letras, etc.
- **Marcas gráficas:** signo integrado por imágenes, figuras, símbolos o gráficos.
- **Marcas tridimensionales:** compuesta por el mero envoltorio o envase.
- **Marcas Mixtas:** signo integrado por la combinación de los elementos propios de las marcas gráficas, denominativas o tridimensionales.
- **Marcas Sonoras:** siempre que los sonidos puedan representarse gráficamente, por ejemplo, mediante el pentagrama. Se trata de marcas que identifican al producto mediante un sonido o una melodía característica.

Una vez vistas esta vemos otras clasificaciones de marcas en base a otros criterios:

Por el objeto designado: Marcas de productos o de servicios. Individualizan productos y servicios respectivamente. La clasificación de las marcas en productos y servicios se contiene en la Clasificación de Niza - debe su origen al Arreglo de Niza de 1957- en la que figuran clasificadas 44 clases diferentes (34 de productos y 10 de servicios). El solicitante de la marca ha de indicar en su solicitud la clase o clases para la que se solicita la marca.

Lección VI Propiedad industrial

Capítulo XVIII Marcas

Por la naturaleza del titular: Marcas individuales o Colectivas. Las individuales son registradas por una persona física o jurídica para usarla en exclusiva. Las colectivas son aquellas que sirve para distinguir en el mercado los productos o servicios de los miembros de una asociación de fabricantes, comerciantes o prestadores de servicios (v. gr. Chorizo zamorano). El titular de esta marca es dicha asociación

Por su función económica-empresarial: Marcas de garantía. Certifican las características comunes de los productos y servicios elaborados o distribuidos por personas debidamente autorizadas y controladas por el titular de la marca (certifican que los productos tienen una determinada calidad, composición, origen geográfico, etc.). Marcas defensivas: registradas por un empresario para evitar que sea utilizada por alguno de sus competidores.

Por su ámbito de protección: nacionales, comunitarias o internacionales. El solicitante de una marca de un país adherido a la Unión de París goza de prioridad durante seis meses para reproducir su solicitud en cualquier otro país adherido (en principio ese país no podrá denegar la solicitud salvo casos excepcionales).

Función principal de la marca

La función principal de una marca es permitir a los consumidores identificar el producto de una empresa, ya sea un bien o un servicio, para distinguirlo de los productos idénticos o similares de la competencia. Las marcas son esenciales en las estrategias de desarrollo y comercialización, y contribuyen a proyectar la imagen y la reputación de los productos de la empresa ante los consumidores.

Valor y porque se protegen las marcas

Para la mayoría de los empresarios, una marca elegida y utilizada con esmero representa un valioso activo comercial. Los consumidores valoran las marcas, su reputación, su imagen y el conjunto de cualidades que asocian a la marca, y están dispuestos a pagar más por un producto de marca que reconocen y que responde a sus expectativas. El valor de una marca puede ser muy alto, como en el caso de Coca Cola, que en 2013 tenía un valor de 58.700 millones de euros, o de Harry Potter, que tenía un valor de 11.200 millones de euros.

Si la empresa no registra la marca, las inversiones que realice en la comercialización de un producto pueden resultar infructuosas ya que sus rivales podrían utilizar la misma marca o una tan similar que pueda confundirse para comercializar productos idénticos o similares. Por lo tanto, aunque el registro no es obligatorio, es sumamente recomendable, dado que el registro otorga derechos exclusivos que prohíben el uso no autorizado de la marca. Además, una marca que goce de buena reputación entre los consumidores también puede emplearse para obtener financiación de instituciones financieras, que cada vez son más conscientes de que el éxito comercial de las empresas depende en gran medida de las marcas.

Capítulo XVIII B. Prohibiciones absolutas y relativas

Las prohibiciones absolutas y relativas afectan al signo de forma diferente. Las prohibiciones absolutas afectan al signo individualmente considerado, mientras que las relativas garantizan la compatibilidad del signo con derechos anteriores. La OEPM revisa de oficio las prohibiciones absolutas, mientras que las relativas deben ser alegadas por los titulares de los derechos afectados.

24. Absolutas (5LM)

Las prohibiciones absolutas impiden la protección de signos que carecen de carácter lícito y distintivo. Según el artículo 5 de la Ley de Marcas, no podrán registrarse como marca los signos que

Lección VI Propiedad industrial

Capítulo XVIII Marcas

Carezcan de fuerza distintiva por componerse de signos genéricos (por ejemplo, SILLA, LECHE), por ser signos vulgarizados, o por tratarse de signos usados para designar la especie (por ejemplo, DULCE), la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica o la época de obtención del producto.

Además, no se podrán registrar marcas que puedan inducir a error o confundir a los consumidores respecto a la naturaleza, calidad u origen geográfico del producto (por ejemplo, margarina).

Las marcas que se consideren contrarias al orden público o la moral, como las palabras y las ilustraciones que se consideren contrarias a las normas comúnmente aceptadas de moral y religión, tampoco se pueden registrar como marcas (un ejemplo es “la mafia se sienta a la mesa” esta marca no se pudo inscribir dado que se consideraba que esto dañaba la moral de la población italiana que sufrió por la mafia).

Las banderas, escudos de armas, sellos oficiales y emblemas de Estados o de organizaciones internacionales que hayan sido comunicados a la Oficina Internacional de la OMPI suelen excluirse de la posibilidad de registro, aunque podrán registrarse si gozan de la oportuna autorización; salvo autorización previa por parte del ministerio correspondiente.

25. Relativas (del 6 al 10 LM)

Tales prohibiciones pretenden evitar el registro de signos incompatibles con derechos anteriores.

Principio de especialidad: dirigido a determinar la compatibilidad de signos distintivos idénticos o semejantes. En principio, la convivencia de tales signos es posible si se refieren a productos lo suficientemente distintos para que no haya riesgo de confusión. La excepción es la MARCA RENOMBRADA que veremos más adelante.

- No podrán registrarse como marcas aquellas que **entren en conflicto con marcas ya existentes**. En consecuencia, si la marca presentada a registro es idéntica a una marca anterior y además se refiere a productos o servicios idénticos: prohibición automática. En la web de la OEPM existe un localizador de marcas que permite la búsqueda de marcas nacionales, Marcas de la UE y marcas Internacionales. Además, existe una la OMPI dispone de una base de datos mundial de marcas.
- La **coexistencia de dos marcas idénticas** (o similares) asignadas al mismo tipo de producto, puede confundir a los consumidores. Para que exista riesgo de confusión es necesario que exista identidad o similitud (gráfica, fonética o conceptual) entre los productos o servicios.
- **Marcas no renombradas y denominaciones sociales**. El titular de la marca inscrita anteriormente podrá solicitar a la sociedad el cambio de denominación; si no accede podrá solicitar el cambio en vía judicial (el juez, si estima la demanda), concederá a la sociedad un año para que proceda al cambio; la sociedad quedará disuelta de pleno derecho si no procede al cambio en el plazo de una año. Esto se da debido a la falta de conexión entre el registro mercantil y el registro de marcas.
- Tampoco podrán ser registrado, sin la debida autorización, aquellos signos que:
 - a) Consista en el **nombre, seudónimo, apellidos**, etc. o en la imagen que para la generalidad del público identifique a una persona distinta del solicitante.
 - b) **Reproduzca, imite o transforme creaciones protegidas por un derecho de autor** o por otro derecho de propiedad industrial (invenciones y diseños industriales).
 - c) Se preste a **confusión con el nombre comercial, denominación o razón social** que identifique en el tráfico económico a una persona distinta del solicitante.

Lección VI Propiedad industrial

Capítulo XVIII Marcas

d) Se preste a **confusión con una marca no registrada**, pero que sea **notoriamente conocida** en España. Esto es difícil que ocurra, pero si se da que es una marca renombrada aunque no este inscrito no se podrá inscribir.

26. Marcas Anteriores (6LM)

Conforme establece el art. 6.^º LM, en relación con las marcas, vemos de nuevo aquello que ya hemos visto durante todo este apartado de las marcas:

1. No podrán registrarse como marcas los signos:

Que sean idénticos a una marca anterior que designe productos o servicios idénticos.

Que, por ser idénticos o semejantes a una marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que designan, exista un riesgo de confusión en el público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con la marca anterior.

2. Por marcas anteriores se entenderá a los efectos del apartado 1:

Las marcas registradas cuya solicitud de registro tenga una fecha de presentación o de prioridad anterior a la de la solicitud objeto de examen, y que pertenezcan a las siguientes categorías:

Marcas españolas;

Marcas que hayan sido objeto de un registro internacional que surta efectos en España;

Marcas comunitarias.

27. Marcas renombradas

El artículo 8 de la Ley de Marcas contempla la protección de los signos distintivos. Tras la reforma operada en la Ley de Marcas en 2015, desapareció la distinción entre marcas notorias y renombradas.

La Ley de Marcas refuerza la protección de las marcas renombradas al extender la prohibición de registro de signos idénticos o semejantes a todo tipo de productos y no solo para aquellos que sean similares.

Conforme al artículo 8 de la Ley de Marcas, **no podrá registrarse** como marca un signo que sea idéntico o semejante a una marca o nombre comercial anterior aunque se solicite su registro para productos o servicios que no sean similares a los protegidos por dichos signos anteriores cuando, por ser éstos renombrados en España, o, si se trata de una marca de la Unión Europea, el uso de esa marca pueda indicar una conexión entre los productos o servicios amparados por la misma y el titular de aquellos signos o, en general, cuando ese uso, realizado sin justa causa, pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dichos signos anteriores.

Capítulo XVIII C. Registro

Vemos los pasos del procedimiento de registro:

Presentación de la solicitud:

Ante el órgano competente de la CCAA donde el solicitante o su representante tengan el domicilio. Cabe, también, presentación telemática, mediante una solicitud electrónica, en la OEPM en la que también deberán presentar su solicitud quienes estén domiciliados en Ceuta y Melilla o fuera de España.

Lección VI Propiedad industrial

Capítulo XVIII Marcas

Contenido de la solicitud (art. 12 LM):

- Instancia solicitando el registro
- Identificación del solicitante
- Reproducción de la marca
- Lista de productos o servicios para los que se solicita

Tasas:

La solicitud da lugar al pago de una tasa, cuya cuantía varía en función del nº de clase de productos o servicios del Nomenclátor internacional establecido por el Arreglo de Niza de 1957

El órgano de la CCAA examina los requisitos extrínsecos de la solicitud; comprueba el pago de la tasa correspondiente y otorga fecha de presentación

Remisión a la OEPM, indicando fecha de presentación, para publicación de la solicitud en el BOPI.

Oposición de terceros: plazo de dos meses.

El solicitante podrá exigir al oponente al registro de la Marca la prueba del uso de la misma. (Novedad introducida por el RD 23/2018. Cgr. Art. 21.3 LM)

Tras el examen por la OEMP de si la marca incurre en alguna prohibición absoluta (art. 5 LM) o en la prohibición relativa consistente en que el signo solicitado no sea un nombre, apellido o seudónimo o cualquier otro signo que para la generalidad del público identifique a una persona distinta del solicitante, se procederá a concesión o denegación de la marca.

La resolución es recurrible en alzada en el plazo de un mes contado desde la publicación en el BOPI, siendo este recurso requisito previa para acudir a la vía contencioso-administrativo.

Capítulo XVIII D. Caducidad de las marcas. La vulgarización

Esto es la muerte de la marca por su propio éxito, dándose que el consumidor confunde el producto con la marca, cuando esto se da se corre el riesgo de que se heche la marca del registro.

Dándose que los signos pueden carecer de fuerza distintiva bien intrínsecamente; bien, por el uso que se haga de ellos. Así, es posible que un signo, que en principio poseía capacidad identificativa, deje de tenerla por razón de su uso. Ese es el caso de los signos comunes que son aquellos compuestos por elementos o indicaciones que han pasado a ser de uso habitual en sector de mercado en el que el signo opera para designar los productos o servicios. Se suele tratar de signos cuyo excesivo uso ha empujado a la marca a convertirse en un signo genérico, de forma que acaba describiendo el producto que representa, perdiendo el derecho de uso exclusivo. Es decir, como consumidores la utilizamos de forma tan asidua, que pasa a nuestro lenguaje cotidiano para hacer referencia al producto (Ganchitos; Aftersun; Tampax).

Dependiendo del momento en que se haya producido la pérdida de la capacidad distintiva que el signo poseía (esto es, antes de la solicitud del signo como marca o una vez que ésta ya ha sido registrada), el bien pueda incurrir en la prohibición absoluta de registro, o bien en causa de caducidad, en cuyo caso será expulsado del registro (art. 54.1.b) LM. A este último fenómeno se le conoce como "vulgarización" de la marca. Ante el posible riesgo de vulgarización, el titular de la marca ha de llevar a cabo actuaciones que permitan acreditar que la marca se usa de manera adecuada, cumpliendo la función esencial para la que fue creada, y evitando así que se convierta en la

Lección VI Propiedad industrial

Capítulo XVIII Marcas

denominación común de los productos y/o servicios protegidos. ¿Por medio de qué tipo de actuaciones? Por ejemplo: Publicitar la marca indicando quien es su titular.

Efectos de la vulgarización de la marca: Expulsión, en su caso, del Registro, pasando a dominio público y pudiendo ser, en consecuencia, usada por terceros.

Capítulo XVIII E. Acciones civiles del titular de la marca

El titular de la marca cuyo derecho haya sido lesionado podrá reclamar (art. 41 LM):

- La cesación de los actos que violen su derecho.
- La indemnización de los daños y perjuicios sufridos.
- La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación y, en particular, que se retiren del tráfico económico los productos, embalajes, envoltorios, material publicitario, etiquetas u otros documentos en los que se haya materializado la violación del derecho de marca y el embargo o la destrucción de los medios principalmente destinados a cometer la infracción.
- La destrucción o cesión con fines humanitarios, si fuere posible, a elección del actor, de los productos ilícitamente identificados con la marca que estén en posesión del infractor, salvo que la naturaleza del producto permita la eliminación del signo distintivo sin afectar al producto o la destrucción del producto produzca un perjuicio desproporcionado al infractor o al propietario.
- La atribución en propiedad de los productos, materiales y medios embargados.
- La publicación de la sentencia a costa del condenado mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas.

Capítulo XVIII F. Denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas

En el mercado existe una gran variedad de productos, pero cuando estos adquieren cierta reputación pueden producirse usurpaciones o imitaciones que constituyen una grave competencia desleal frente a los productores, así como un engaño a los consumidores susceptible de lesionar los derechos de ambos.

La protección de los productos agroalimentarios frente a tales agresiones puede llevarse a cabo a través de la Denominación de Origen Protegida (DOP) o de la Indicación Geográfica Protegida (IGP). Tales sistemas permiten, además, el reconocimiento a los productos agroalimentarios de una calidad diferenciada, consecuencia de características propias y diferenciales, debidas al medio geográfico en el que se producen las materias primas, se elaboran los productos y a la influencia del factor humano que participa en las mismas.

La Denominación de Origen Protegida (DOP) se identifica con el nombre de un país, una región o un lugar determinado que sirve para designar un producto que es originario de estos espacios geográficos y que además posee una calidad o características debidas exclusiva o esencialmente al medio geográfico con sus factores naturales y/o humanos.

Por otro lado, la Indicación Geográfica Protegida (IGP) es un signo que revela exclusivamente de forma directa o indirecta (mediante cualquier signo que lo identifique) el origen geográfico del producto. El vínculo lo es sólo con un medio geográfico, pero sin que la Indicación geográfica sea reconocida como portadora de ningún dato de calidad o características específicas del producto.

Lección VI Propiedad industrial

Capítulo XVIII Marcas

En un producto con DO la producción, transformación y elaboración se realiza en la misma zona geográfica, mientras que en un producto con IGP no es obligatorio que todas las fases se realicen en la misma zona geográfica. Las D.O exigen un reconocimiento previo por la autoridad competente, mientras que la IGP existe por sí misma desde que cualquier persona desea emplearla. Además, las D.O, una vez reconocidas, están sometidas a una serie de procedimientos de control para asegurar la subsistencia del producto.

Solicitud

La solicitud de DOP o de IGP se dirige:

- Al órgano competente de la CCAA de que se trate, si afectase a una única Comunidad.
- Al Mº de Agricultura Pesca y Alimentación si afecta a más de una CCAA
- Sólo puede ser presentada por agrupaciones de productores o transformadores interesados en el mismo producto agrícola o ganadero

Lección VII Defensa de la competencia y competencia desleal

Capítulo XIX Defensa de la Competencia

El derecho de defensa de la competencia o "Derecho antitrust" tiene su origen en la Ley Sherman de los Estados Unidos de 1890 que prohíbe conductas restrictivas y creación de monopolios. Las normas antitrust que prohibía la ley Sherman de los años 1890 eran lo que se por vez primera impone norma anti monopolio, siendo por lo tanto lo que busca defender la libertad de empresa cosa que no se logra si se da una competencia desleal, o unas prácticas colusorias, es por esto que haya leyes que defiendan la competencia y que además se mencione en el 38CE.

Se da que se la libre competencia conviene y favorece al consumidor, además de que el hecho de que haya competencia se da que es más eficiente.

En España, el marco legislativo se compone de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, *el cual Acomoda nuestro sistema al comunitario implantado por el Reglamento 1/2003*, y su Reglamento de desarrollo aprobado por el RD 216/2008, además de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, que crea los órganos administrativos competentes para la aplicación de normas sustantivas.

Existen dos sistemas normativos diferentes, pero íntimamente relacionados, en tanto que ambos persiguen el buen funcionamiento del mercado. La libertad de competencia está orientada a la defensa de la competencia y a prohibir prácticas restrictivas. El regulador de la competencia desleal ha evolucionado desde la pura norma ordenadora de conflictos hacia su configuración como norma de control del abuso del derecho de libertad económica.

El Art. 38 CE garantiza la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y ha de ser garantizada por los poderes públicos. La defensa de la competencia ha adquirido una creciente relevancia en cuanto que elemento principal de la política económica.

La defensa de la competencia es uno de los elementos definitorios de la economía de mercado. La competencia efectiva entre las empresas disciplina su actuación y facilita la eficiencia empresarial que favorece al consumidor en forma de precios inferiores o aumento de la oferta de su variedad o calidad. La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia contempla en sus artículos 1º a 3º determinadas prácticas prohibidas: como los acuerdos o prácticas colusorias, el abuso de posición dominante y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

No todas las conductas colusorias resultan prohibidas, aunque normalmente de ser adoptados, serán nulos de pleno derecho, salvo que estén amparados por las exenciones previstas por la propia Ley.

28. Prácticas colusorias

Estas son aquellas prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre operadores económicos o empresas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional. Hay varios tipos:

- Los acuerdos, pactos escritos o verbales, mediante los que los operadores coordinan sus comportamientos para falsear o restringir la competencia. Habrá acuerdo siempre que exista intercambio de voluntades. Entre los diversos tipos de acuerdos figuran los cárteles.

Una forma de este tipo de práctica colusoria consiste en el Repartos de mercados; o de fijación de precios; o de condiciones desiguales para otro empresario. (*Por ejemplo: Caso BP CEPSA. 2015. Sanción muy grave*

Lección VII Defensa de la competencia y competencia desleal

Capítulo XIX Defensa de la Competencia

por pactar precios de carburantes 2,5 millones de euros para Cepsa.) Este es el más fácil de probar, pero las más difícil de probar son las prácticas concertadas.

— Las recomendaciones colectivas, acuerdos adoptados por asociaciones en el seno de sus órganos directivos. A medio camino entre el acuerdo y las prácticas conscientemente paralelas. Sin existir pacto entre empresas, existe cierta coordinación tácita entre ellas que pretende sustituir los riesgos de la competencia (coordinación práctica). Se trata de prácticas homogéneas, que, al no justificarse de modo natural, inducen a pensar en la existencia de acuerdos tácitos.

— Prácticas concertadas o conscientemente paralelas: conductas que derivan de unas condiciones no explicables de modo natural. Sin mediar acuerdo alguno, los operadores económicos ajustan deliberadamente su comportamiento a los de los competidores o al de la empresa líder del sector, evitando hacerse la competencia.

29. Abuso de posición dominante

En esta es el segundo supuesto prohibido, si bien carecemos de definición jurídica de en que consiste esto, lo que la ley pretende no es prohibir la posición dominante, pero si el abuso que puede hacer este.

La práctica prohibida por el artículo 2 exige la concurrencia de tres requisitos:

- Existencia de posición dominante
- Realización de un comportamiento abusivo
- Afectación total o parcial del mercado nacional

El artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia prohíbe el abuso de posición dominante en el mercado. Para que se considere que un operador económico tiene una posición de dominio, debe poder actuar en el mercado de forma independiente sin tener en cuenta a sus competidores.

La existencia de una posición de dominio no se puede determinar en abstracto, sino que se deben tener en cuenta otros factores, como la existencia de barreras en el mercado que dificulten el acceso de los competidores. Además, la posición debe ser abusiva, lo que significa que el operador económico se comporta de manera diferente a como lo haría si estuviera en un mercado plenamente competitivo, por ejemplo, imponiendo precios o limitando la producción.

Por ejemplo, en 2007, Telefónica fue sancionada con 153 millones de euros por cobrar precios excesivos a sus rivales por el alquiler de infraestructuras de red de ADSL, dejándoles un margen insuficiente para competir.

30. El falseamiento de la libre competencia

Son los actos que la Ley prohíbe, además, en su art. 3.^º los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

Lección VII Defensa de la competencia y competencia desleal**Capítulo XIX Defensa de la Competencia****Capítulo XIX A. Conductas autorizadas**

No todas las prácticas colusorias resultan prohibidas por la LDC. La citada Ley acomoda nuestro sistema al comunitario europeo implantado por el Reglamento CEE 1/2003 declarando exentos de la prohibición determinados acuerdos restrictivos de la competencia. Así, no se aplicarán las prohibiciones contenidas en los arts. 1º a 3º LDC:

- Cuando exista amparo legal (art. 4.º LDC)
- Cuando se trata de conductas de importancia menor que no sea capaz de afectar significativamente a la competencia por su escasa dimensión o importancia (art. 5.º LDC). En ningún caso podrá ser declarados de menor importación los acuerdos entre competidores para fijar precios; limitación de producción o reparto de mercados.
- En caso de existencia de una declaración de inaplicabilidad, que la propia ley prevea que no es aplicable para ese supuesto las normas para la defensa de la competencia.

En estos casos lo que se da es que es necesario que exista una norma que le de un amparo diciendo bien que eso no es una conducta colusoria o bien que la autorice aun siendo colusoria, por lo que al final es lo que establezca las leyes.

Tradicionalmente, las conferencias de flete o marítimas han sido un ejemplo de conducta autorizada y exenta de prohibición, aunque atenten contra la libre competencia. Esto se justifica en la estabilidad que aportan a los exportadores. Sin embargo, en las últimas décadas, los carteles marítimos han encontrado mayor oposición a nivel mundial y, más precisamente, en la Unión Europea.

El Reglamento 1.419/2006 del Consejo, de 25 de septiembre de 2006, que deroga el Reglamento (CEE) 4.056/86, que era el que permitía el establecimiento de estas conferencias de flete.

Esto supuso un cambio radical en la regulación del transporte de línea en Europa, en la medida en que venía a terminar con una situación marcada por la presencia continua de las conferencias marítimas en todas aquellas rutas regulares que tuvieran como punto de salida o de destino algún puerto de la Unión Europea.

La nueva regulación supuso el fin de la exención por categoría de acuerdos que constitúan las conferencias marítimas (CMA), en cuya virtud se les permitía fijar los precios y regular la capacidad bajo ciertas condiciones.

Capítulo XIX B. La comisión nacional de mercados y de la competencia (CNMC)

En este punto vemos que cuando se detecta una conducta prohibida el primer órgano que va a actuar es este y es un órgano instructor.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) es un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Economía, creado por la Ley 3/2013. La CNMC ejerce sus funciones a través de dos órganos: el Consejo de la CNMC, compuesto por 10 miembros, y el presidente de la CNMC, que también será el Presidente del Consejo. En el seno del Consejo se distinguen dos Salas, cada una de ellas dedicada específicamente a temas de competencia.

La Ley de Defensa de la Competencia (LDC) contempla tres procedimientos administrativos especiales en materia de defensa de la competencia: el procedimiento sancionador, el procedimiento cautelar y el procedimiento de recurso.

Lección VII Defensa de la competencia y competencia desleal

Capítulo XX Competencia desleal

El procedimiento sancionador se inicia de oficio por la Dirección de Competencia y presenta dos fases: una de instrucción y otra de resolución.

El procedimiento cautelar tiene por objetivo asegurar la eficacia de la resolución que, en su caso, se dicte.

El procedimiento de recurso se arbitra como garantía frente a los actos y resoluciones de la Dirección de Competencia.

El perjudicado por una acción antitrust puede obtener la cesación de la conducta infractora, así como la indemnización de daños y perjuicios provocados por la acción sancionada.

La Dirección de Competencia investiga las posibles infracciones e instruye los expedientes sancionadores que concluyen en la propuesta de sanción. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC resuelve sobre las presuntas infracciones y, en su caso, impone las sanciones pecuniarias al infractor.

Capítulo XX Competencia desleal

Esta se establece por la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Parte del derecho de la competencia que regula las acciones de los empresarios dirigidas a captar de forma desleal clientela en un mercado en el que otros empresarios operan. Además, el fundamento de la prohibición de deslealtad competitiva reside en la defensa del interés de todos cuantos participan en el mercado.

La cláusula general prohibitiva de esto, nos dice que se prohíbe tanto la deslealtad competitiva entre empresarios como la producida entre empresarios y consumidores. Conforme al art. 4.1: Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, si bien en las relaciones con consumidores se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado.

La ley distingue en los que el empresario actúa de mala fe en relación con los empresarios y por otro lado frente a los competidores, ahora lo vemos en la tabla de la siguiente página.

Lección VII Defensa de la competencia y competencia desleal

Capítulo XX Competencia desleal

Actos concretos de deslealtad Competitiva entre empresarios: Arts. 6.^º a 17 LCD

—Denigración: Realización de aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio que desacrediten el establecimiento o los productos de un competidor. Lo importante no es la finalidad perseguida sino su aptitud para denigrar. Ahora bien, la ley **considera lícita tales manifestaciones cuando sean exactas, verdaderas y pertinentes.** Salvedad: no tendrán la consideración de pertinentes, siendo consideradas en todo caso desleales, las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias, la ideología o la vida privada del afectado (art. 9.^º).

—Actos de imitación: En principio la **imitación de iniciativas es libre**, de modo que todo empresario puede imitar a otro (*salvo la concurrencia parasitaria que trata de impedir la consolidación en el mercado de un competidor, esta consiste en la "constante imitación de lo que hace el otro" el problema es que habrá de demostrarse con datos que es parasitaria*).

Pero se reputan desleales cuando atenten contra los derechos de exclusiva otorgados por la Ley (patentes o marcas), generen riesgo de confusión entre los consumidores o supongan aprovechamiento de la reputación ajena.

En materia de marcas, es preciso distinguir entre los actos de imitación y los de falsificación; dado que su regulación jurídica difiere.

Los primeros son actos de competencia desleal; mientras los segundos se califican como delitos de defraudación de un derecho de propiedad y se sanciona por violar el derecho de exclusiva que corresponde al titular de la marca (art. 11 LCD).

—Actos de explotación de la reputación ajena: Se trata, por ejemplo, **del empleo de signos distintivos ajenos, denominaciones de origen falsas**, indicaciones inexactas sobre la naturaleza de los productos. La conducta afectará a signos reputados, por lo que habrá de probarse la reputación o buena fama (art. 12 LCD). (*Esto se puede usar en los casos en los que no se inscribe un servicio en los registros de marca, pero se puede usar como válvula de escape dado que se puede acudir a ello la persona tendrá que cambiar el nombre del servicio, pero por lo menos se le impondrá una sanción*).

—Violación de secretos: Se pretende con ello sancionar el conocido como espionaje industrial así como la **violación de secreto industrial legítimamente adquirido bajo deber de reserva o know-how**. Se prohíbe así tanto la divulgación de secreto como la adquisición de secretos mediante espionaje (art. 13 LCD).

—Desviación de dependientes y contratantes: inducción a trabajadores o clientes a incumplimiento de contratos (art. 14 LCD). Esto consiste en captar al trabajador de mi competidor para que me cuente los secretos de este.

—Discriminación: Supone el trato diferente por parte del empresario hacia los consumidores en materia de precios o de condiciones de venta. La LDC (art. 16) aclara que la discriminación sólo será desleal cuando no exista causa que la justifique, lo que supondría no considerar como discriminatorio aplicar distintos precios en función de los plazos de pago.

Actos contrarios a los intereses de los consumidores. Arts. 6.^º a 17 LCD

—Confusión: Aquellas prácticas que creen confusión respecto de la actividad, las prestaciones o el establecimiento de algunos de los competidores. El riesgo de confusión incluye el de asociación que se produce cuando el consumidor no confunde la identidad de la empresa oferente, sino que cree equivocadamente que entre la empresa oferente y la erróneamente asociada existen relaciones comerciales, organizativas o de cualquier otro tipo (art. 6.^º LCD).

—Engaño: Difusión de indicaciones incorrectas, incompletas o falsas (art. 5.^º LCD). *El producto dice que la camisa era a prueba de alergias, me da una alergia con respecto a ello.*

—Omisiónes engañosas: omisión de la **información necesaria para que el perjudicado adopte una decisión**. No solo se sanciona la omisión en sentido estricto sino también la ocultación de información necesaria para que el destinatario pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa (art. 7.^º LCD).

Las conductas prohibidas son, por tanto, la omisión, ocultación (letra ilegible), ofrecimiento de información ambigua (se ofrece información, pero el consumidor no alcanza a comprender su significado), ofrecimiento de información en momento inadecuado.

Esto se ve en las típicas cláusulas ambiguas de los contratos, en la que no que adquiere realmente con ese contrato.

—Comparación: Son aquellos en los que el competidor para promover su producto o actividad contrapone la propia oferta a la del competidor con el fin de demostrar que la suya es superior. La publicidad comparativa **no está prohibida siempre que cumpla determinados requisitos:**

VERACIDAD (que sea demostrable lo que se afirma) y **OBJETIVIDAD**, es decir que no sea engañosa ni denigrante. El Art. 10 LCD; que los bienes y servicios comparados tengan la misma finalidad.

Ante la opción de declarar lícitos este tipo de actos por la función que cumplen para los consumidores y usuarios (facilitan la elección) y considerarlos desleales (por dejar en peor posición a otro empresario), la ley ha optado por declararlos lícitos haciendo prevalecer los intereses de los consumidores, pero estableciendo los límites del art. 6.bis LGP.

Por ejemplo <https://youtu.be/hmVeB-iXO3E> se permite.

—Prácticas agresivas: Merman significativamente la posibilidad de elección (acoso, coacción,) art 8.^ºLCD. *Si me llaman todo el rato el mismo pesado para convencerme de que debo contratar.*

Lección VII Defensa de la competencia y competencia desleal**Capítulo XX Competencia desleal****Capítulo XX A. Actos contrarios al mercado**

Este es el cajón de sastre y nos vamos a centrar en la segunda de ellas

1—Violación de normas (art. 15 LCD).

2—Ventas con pérdidas-Precios predatores: fijación de precios inferiores al coste o a la adquisición de los productos siempre que se dirija a una de las finalidades establecidas por la LCD en el art. 17 (inducir a error a los consumidores; desacreditar la imagen de un producto; estrategia empresarial para expulsar a un competidor). En consecuencia y, pese a que como se indica en el art. 17.1, en principio existe libertad de los empresarios en la fijación de precios, se sanciona la fijación de los mismos bajo coste cuando esta conducta se ubica dentro de una estrategia **encaminada a eliminar a un competidor** o grupo de competidores del mercado.

NO debe confundirse esta situación con las de venta por debajo del coste o del precio de adquisición (lanzamiento o promoción de productos); liquidación por exceso de stocks o cierre del negocio; veta de mercancía defectuosa u obsoleta (saldos); o fuera de temporada (rebajas).

3—Contratos vinculados: La subordinación de la conclusión de un contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto del contrato cuando induce a error acerca del precio efectivo del producto.

Las acciones por las prácticas de este tipo son las del artículo 32 de la LCD; dándose que esta prevé contra los actos de competencia desleal las siguientes acciones:

1. Acción declarativa de deslealtad.
2. Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura.
3. Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.
4. Acción de rectificación de las informaciones engañosas. Incorrectas o falsas.
5. Acción de resarcimiento de daños y perjuicios²⁵, si ha intervenido dolo o culpa grave del agente.
6. Acción de enriquecimiento injusto²⁶, solo cabe cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva.

²⁵ Recordemos que en nuestro ordenamiento no son automáticos sino que ha de demostrarse que existen y que se han generado.

²⁶ Esta indemniza o repara no solo los perjuicios y daños sino además las riquezas dejadas a tener; y esto solo se aplica cuando este acto de competencia desleal vulnere un derecho de exclusiva (marcas o patentes).