

# Lección I

Dr. Javier Valenzuela Garach (1ª parte)  
Dr. Segismundo Torrecillas López (2ª parte)

## EL DERECHO MERCANTIL. FUENTES. EMPRESA Y EMPRESARIO

### PRIMERA PARTE

#### I. EL DERECHO MERCANTIL

1. Derecho público y Derecho privado. Son las dos ramas en que se divide el Derecho positivo. El Derecho público es el conjunto de normas que regulan la organización y actividad del Estado y demás entes públicos y sus relaciones (entre ellos o con los particulares); estas normas son de carácter imperativo (de obligado cumplimiento).

Sería Derecho privado el conjunto de normas que regulan lo relativo a los particulares y a sus relaciones entre sí o en que, aunque intervengan entes públicos, lo hagan con el carácter de particulares; estas normas son de carácter dispositivo, es decir, que rigen sólo si las partes en sus relaciones no establecen un régimen jurídico diferente [en base al principio de autonomía de la voluntad privada del art. 1.255 Código civil (en adelante C.c.)].

2. Dualismo del Derecho privado español: Derecho civil y Derecho mercantil. Como ramas diferenciadas del Derecho privado aparecen tanto el Derecho civil como el Derecho mercantil; mientras que el Derecho civil es un Derecho privado común, en cuanto tronco básico regulador de la persona y sus relaciones, el Derecho mercantil es una rama históricamente separada del Derecho civil o común. Por ello, el Derecho mercantil tiene -respecto al Derecho civil- una doble naturaleza: es un Derecho especial y un Derecho singularmente excepcional. Es especial porque regula determinadas materias ya reconocidas por el Derecho civil, respecto a las cuales sólo señala sus especialidades (p. ej., el contrato de compraventa mercantil); y también es singularmente excepcional porque existen determinadas instituciones mercantiles que no cuentan con una figura equivalente en el ámbito civil (p. ej., la letra de cambio o los contratos bancarios).

3. Concepto de Derecho mercantil. Actualmente, el Derecho mercantil se concibe como el Derecho regulador de la actividad económica constitutiva de empresa, o sea, de la organización y la actividad profesional de los empresarios en el mercado.

4. El Derecho mercantil y la Unión Europea (Espacio Económico Europeo). La adhesión de España a la Unión Europea supuso un gran impulso a la unificación de la legislación mercantil en dicho ámbito territorial, mediante la aceptación del Derecho comunitario contenido en los Tratados constitutivos de aquélla así como del emanado de los órganos competentes de la UE.

## II. LAS FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL

1. Concepto y jerarquía. Las fuentes del Derecho son los medios de que se vale el Derecho objetivo para manifestarse exteriormente. Según el art. 1 C.c., las fuentes del Derecho español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho; al no existir una teoría propia de las fuentes del Derecho mercantil, sus formas de manifestación son las mismas que las del Derecho civil.

El art. 2 del Código de comercio (en adelante C.co. ó C. de c.) enumera las fuentes del Derecho mercantil y determina su orden jerárquico; así pues, la ley tiene primacía sobre el uso, y cuando no exista ni ley ni uso especialmente aplicable al caso concreto se habrá de recurrir al Derecho civil. Además, la Constitución española de 6 de diciembre de 1978 (CE), como norma suprema del ordenamiento jurídico, deberá ser respetada por las fuentes del Derecho mercantil, que no podrán contradecir lo contenido en el texto constitucional.

2. La ley mercantil. La «ley» es una norma escrita de carácter general y rango superior emanada del poder soberano del Estado; sin embargo, el término ley mercantil ha de ser empleado aquí en un sentido amplio, comprendiendo todas las disposiciones estatales que forman el ordenamiento jurídico-mercantil, cualquiera que sea su rango: leyes en sentido estricto, decretos y órdenes ministeriales dictadas en uso de la potestad reglamentaria. Las leyes mercantiles, por exigencias de la unidad de mercado, son de ámbito estatal (v. art. 149.1.6.º CE); se diferencian de las leyes civiles por el contenido de las ambas, pero no por su forma.

Dentro de la legislación mercantil, según el tipo de leyes, se puede distinguir entre ley general (el Código de Comercio) y leyes mercantiles especiales, no derogadas por aquél o posteriores al mismo, que regulan materias no contenidas en dicho texto legal (p. ej., la Ley de Contrato de Seguro de 1980, la Ley del Contrato de Agencia de 1992, la Ley de Marcas de 2001, la Ley Concursal de 2003 ó la Ley de Sociedades de Capital de 2010).

3. El uso de comercio o costumbre mercantil. El Derecho mercantil tiene su origen esencialmente en la costumbre, al haber sido creado por los comerciantes para regular todas las situaciones relativas a su tráfico profesional, pudiendo los usos de comercio regular instituciones no previstas por la ley.

A) Concepto. El profesor Uría define los usos de comercio como las «normas de Derecho objetivo creadas por la observancia repetida, uniforme y constante de los comerciantes en sus negocios».

B) Funciones. Los usos mercantiles sirven para: crear normas imperativas que rijan los actos de comercio en defecto de ley aplicable; interpretar los actos de comercio; y desplazar a normas dispositivas, al ser expresión de la voluntad de las partes en el contrato.

C) Clases de usos de comercio. Puede atenderse a varios criterios:

\*Según la prioridad de la ley o el uso mercantil, los usos pueden ser *secundum legem* o *contra legem*. El uso *secundum legem* no contradice ninguna ley mercantil, por lo que ésta tendría prioridad sobre aquél. El uso *contra legem* sería contrario a una ley de carácter dispositivo, por lo que prevalecería sobre ésta y sería totalmente lícito.

\*Según la materia que regulen, los usos pueden ser comunes (a todo género de comercio), o especiales (de una determinada actividad mercantil).

\*Según el espacio en que tengan vigencia, pueden ser: internacionales, cuando resulten aplicables en el territorio de varios estados; generales, en el territorio nacional; y regionales, locales o de plaza, vigentes en una concreta región, localidad o plaza mercantil.

4. La aplicación del Derecho común a la materia mercantil: la supletoriedad del Derecho Civil. Según el art. 2 C.Co., el Derecho civil tiene un carácter complementario o subsidiario respecto del Derecho mercantil en el ámbito comercial; por ello, ante la inexistencia de normas mercantiles (ley o uso), se acudirá al Derecho civil.

No obstante, hay una excepción al principio de jerarquía normativa en el ámbito mercantil: el Derecho civil tendrá prioridad frente a los usos de comercio, rompiendo la anterior regla, cuando así sea establecido por la ley mercantil (sería el supuesto del art. 50 C.Co. a propósito del régimen jurídico general de los contratos mercantiles).

### III. LA EMPRESA

1. Su importancia para el Derecho mercantil. La empresa es el elemento fundamental de la economía moderna, al ser necesario para realizar actividades mercantiles o industriales en masa o en serie, con un tratamiento jurídico (público o privado) diversificado, al ser regulado –de forma parcial- por diferentes ramas del Derecho.

2. Concepto de empresa. La empresa es un conjunto organizado de elementos (capital y trabajo) destinado a la producción para el mercado y susceptible de negocios jurídicos. Puede definirse desde un doble punto de vista (económico y jurídico).

A) Concepto económico. La empresa puede entenderse como una organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado a un determinado precio, con el fin de obtener una renta monetaria igual a la diferencia de los precios del capital y el trabajo.

B) Concepto jurídico. La empresa es el ejercicio profesional de una actividad económica planificada, con la finalidad de intermediar en el mercado de bienes o servicios, por lo que dicha actividad ha de ser profesional, continuada, sistemática, con tendencia a ser permanente y a obtener un lucro.

3. Elementos del patrimonio empresarial. Se considera patrimonio empresarial el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones con un valor pecuniario pertenecientes a una empresa (sea persona física o jurídica), que constituyen los medios económicos y financieros a través de los cuales aquélla puede cumplir sus objetivos. Estos bienes pueden ser materiales (o corporales) e inmateriales (o incorporeales).

A) Bienes materiales o corporales de la empresa. A su vez, pueden clasificarse en dos grandes grupos: los bienes muebles (dinero, mercancías, maquinaria, etc.) y los bienes inmuebles (la sede física del establecimiento o local de negocio).

B) Bienes inmateriales o incorporeales. Otros valores del activo patrimonial que complementan el llamado «valor industrial». Junto al resto de elementos inmateriales o incorporeales (derechos de propiedad comercial, de propiedad intelectual o de propiedad industrial) integrantes de la empresa, existe una serie de relaciones de hecho, elementos de difícil calificación jurídica, pero de un gran valor económico para el empresario, al contribuir a la prosperidad de la actividad empresarial.

\*La clientela. Es el conjunto de personas que -de hecho- mantienen con la empresa relaciones continuas por demanda de bienes o de servicios; es un elemento con un importante valor económico, pero no existe un derecho a la clientela; además, la clientela habrá de ser transmitida junto a la totalidad de la empresa, nunca separada de ésta.

\*Las expectativas. Son definidas por GARRIGUES como «la esperanza de obtener ciertos beneficios por la mejor organización de la empresa, por las cualidades personales del comerciante y sus auxiliares, por el emplazamiento favorable del negocio, por la favorable coyuntura de venta, por la baratura del

precio de coste, por la extensión del círculo de la clientela, por la eliminación de la concurrencia, por mil circunstancias, en fin, que determinan una mayor o menor certidumbre en la venta de los productos o en el suministro de los servicios». Tampoco son susceptibles de un tratamiento jurídico aislado.

\* Los servicios del personal de la empresa o la reputación del empresario.

\* La aptitud que tienen los diferentes elementos reunidos y organizados para producir mejor, atraer a la clientela y servir al éxito perseguido por el empresario (el conocido como «aviamiento» o «aviamento»).

C) El establecimiento mercantil. No se trata únicamente de un bien inmueble, la sede física o local de negocio donde la empresa desarrolla su actividad. Dentro del término establecimiento mercantil han de incluirse todo tipo de bienes, tanto corporales (muebles e inmuebles) como incorporeales (derechos de distinta naturaleza), que cambiarán en función del objeto o actividad desarrollada por cada empresa. Tal conjunto de bienes y servicios han de estar coordinados o agrupados de la manera más adecuada para servir a la finalidad de la empresa: mientras la empresa es un modo de actividad económica, el establecimiento es el instrumento al servicio de tal actividad. La organización de los elementos les otorga un valor económico superior al que tienen de forma aislada, pudiendo ser sustituidos o separados perfectamente del establecimiento a voluntad del empresario; ello no ocasionará la ruptura de la unidad del establecimiento, siempre que simultáneamente no se destruya su organización (fenómeno de mutabilidad de los bienes).

4. La transmisión de la empresa. La empresa, negocio o establecimiento mercantil puede ser transmitida *inter vivos* o *mortis causa*. Tras la transmisión de ésta, cuando el nuevo empresario reciba el negocio en cualquier concepto, inicia una nueva actividad empresarial con relación al mismo, pudiendo modificar sus características. Ahora bien, con el fin de proteger a los trabajadores, el Derecho español obliga al adquirente a mantener los contratos de trabajo existentes en la anterior explotación (se conserva la organización).

A) Su transmisión «*mortis causa*». Reconoce esta posibilidad el art. 5 C.Co. al señalar que «los menores e incapacitados podrán continuar por medio de sus guardadores el comercio que hubieren ejercido sus padres o causantes»; también la admite el art. 1.056 C.c., al permitir que el testador, en el orden sucesorio, quiera conservar indivisa, en interés de su familia o de la empresa, una explotación económica.

B) Su transmisión «*inter vivos*». Consiste en la transmisión voluntaria del establecimiento, admitiendo, a su vez, dos modalidades: compraventa y arrendamiento.

a) La compraventa de la empresa.

\*Objeto del contrato. Para que exista venta de empresa es necesario que el objeto vendido sea un negocio en su conjunto o «en bloque», que comprenda sus elementos esenciales, es decir, todo el conjunto de elementos (materiales e inmateriales, siempre que estén en funcionamiento y organizados) precisos para que el negocio siga funcionando.

\*Obligaciones del vendedor y del comprador. El comprador se obliga a pagar el precio en el plazo y forma pactados. En cuanto al vendedor, al entregar el establecimiento, asume ciertas obligaciones condicionadas por la naturaleza de éste:

– 1.<sup>a</sup> Una prestación positiva, ya que el vendedor está obligado a realizar una descripción detallada (inventario) de los elementos integrantes de la empresa. Además, el vendedor debe entregar, entre otros elementos, los libros de contabilidad, la lista de los clientes, de los proveedores y la correspondencia recibida, debiendo mostrar al comprador no sólo las patentes y las indicaciones sobre cómo funciona la empresa, sino fundamentalmente los procedimientos de cómo hacer y de cómo utilizar determinados elementos técnicos (el llamado *know-how*). Si fuese precisa, el vendedor debe prestar asistencia al comprador durante un cierto tiempo tras la venta, así como colaborar con éste en la comunicación a los terceros relacionados con el negocio el cambio de su gestión.

– 2.<sup>a</sup> Una prestación negativa, pues el vendedor debe abstenerse de hacer la competencia al comprador en el tiempo pactado, que será el necesario para que la empresa que se ha transmitido se consolide y pueda atraerse la antigua clientela.

\*Transmisión de las relaciones jurídicas. La principal finalidad de la compraventa de empresa será la transmisión definitiva al comprador, siempre que así lo acuerden ambos, de la titularidad de cada una de las relaciones jurídicas (contratos, deudas y créditos existentes en el momento de la venta) que hubiese entablado el empresario vendedor, de modo que el comprador pueda suceder a éste en su explotación.

b) El arrendamiento de empresa.

\*Concepto. El arrendamiento de empresa es el contrato por el que una persona (arrendador) se obliga a proporcionar a otra el uso y disfrute (la explotación) de un negocio a cambio de un precio y por un tiempo determinado. Debe diferenciarse del arrendamiento de local de negocio, en el que el arrendatario es titular de un derecho de traspaso (conocida como «propiedad comercial»); no existiría tal derecho en el arrendamiento de empresa, salvo que lo acuerden las partes. Por tanto, sólo habrá arrendamiento de empresa cuando el arrendatario recibiere, además del local, el negocio o industria en él establecido.

\*Obligaciones de las partes.

– 1.ª Obligaciones del arrendador.

• La entrega del negocio en buen estado de funcionamiento, transmitiendo también, previo acuerdo de las partes, los contratos, los créditos y las deudas pendientes. Tampoco podrá el arrendador hacer la competencia al arrendatario durante el tiempo de vigencia del contrato para favorecer la continuación de la explotación mercantil.

• Realizar las reparaciones extraordinarias que sean necesarias con el fin de que la empresa arrendada se conserve en el preciso estado para servir a su uso.

• Conceder al arrendatario un poder de disposición sobre las mercancías y materias primas que sea necesario vender o transformar para explotar la empresa arrendada.

• Entregar al arrendatario todos los elementos esenciales para explotar la empresa.

– 2.ª Obligaciones del arrendatario. Queda obligado al pago del precio y a explotar o usar la cosa en los términos acordados; para ello deberá actuar con la diligencia de un ordenado comerciante y no podrá modificar el destino y organización del negocio. Además, habrá de devolver la empresa al final del contrato en el estado en que la recibió, para lo cual deberá mantenerla en funcionamiento, ya que la inactividad la deprecia.

## PREGUNTAS TIPO TEST

**1. El Derecho Mercantil español es singularmente excepcional:**

- Por tratarse de una rama especial del Derecho privado.
- Por regular ciertas materias que no tienen regulación en el ámbito civil.
- Por regular numerosas materias que no están recogidas en el Código de comercio.
- Las tres respuestas anteriores son erróneas.

**2. El orden de prelación de fuentes establecido en el artículo 2 del Código de Comercio:**

- Se aplica a toda la materia mercantil sin excepción.
- No se aplica en materia de contratos mercantiles, al seguirse un orden distinto.
- Las dos respuestas anteriores son erróneas.
- No se aplica en materia de sociedades mercantiles, en las que no se puede aplicar el uso al tratarse de normas imperativas.

**3. La clientela es una relación de hecho integrante del patrimonio empresarial:**

- a. Sin valor económico para el empresario, salvo que se pacte en el momento de la transmisión de la empresa.
- b. Es un simple criterio de referencia para determinar el tamaño de la empresa.
- c. Puede ser transmitida por separado de la propia empresa.
- d. Tiene un valor económico aunque no exista un derecho a la clientela unido a la transmisión de la empresa.

**4. Para que se produzca la venta de una empresa:**

- a. Bastaría con transmitir los elementos esenciales del establecimiento que permitan la continuidad del normal funcionamiento de la actividad empresarial.
- b. Es necesario transmitir todos los elementos integrantes de la empresa.
- c. No es necesaria la venta del local de negocio porque no es un elemento esencial por su naturaleza de inmueble.
- d. Es suficiente con el acuerdo de las partes sobre los elementos que se van a transmitir.

**5. La obligación del arrendador de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la empresa arrendada:**

- a. No se aplica tal obligación, en ningún caso, al arrendamiento de una empresa.
- b. Consiste en la colaboración del arrendador en la explotación de la empresa.
- c. Impide al arrendador hacer la competencia al arrendatario.
- d. Sólo obliga al primero a permitir al segundo continuar con la explotación mercantil.



## SEGUNDA PARTE

### I. CONCEPTO DE EMPRESARIO

El tratamiento del concepto de “empresario mercantil” debe abordarse con la premisa previa de que esta acepción se utiliza en la práctica cotidiana con muy diversos significados. El término usado y preferido, tanto en el C.co. de 1829, como en el vigente de 1885 es el de comerciante. Sin embargo, constatamos que paulatinamente ha sido sustituido por el más adecuado a los tiempos actuales de empresario. Sin lugar a dudas, resulta un término más aglutinador que el de comerciante, porque engloba, no sólo al que participa en la circulación de los bienes o servicios, sino también al que lo hace en la transformación del producto. Y además, porque lo que le califica, al menos actualmente, es realizar su actividad económica por medio de una empresa. Así pues, todas las normas que se han ido publicando recientemente, optan claramente por adoptar el concepto de empresario, más exacto y cercano a la realidad. En este sentido, resulta más que ilustrativa la reforma del C.co operada por la Ley de 21 de julio de 1973, en virtud de la cual entra el término de empresario en nuestro vigente Cco., concretamente, en el art. 16, al proclamar que el RM tiene por objeto la inscripción de los comerciantes o empresarios mercantiles individuales. Al mismo tiempo, y empleando igual terminología, establece el carácter potestativo de la inscripción del empresario individual. Por tanto, observamos que, en esa época, el concepto de comerciante y empresario resultaban sinónimos. Pero, sin lugar a dudas, es tras la publicación de la Ley 19/1989, de 25 de julio, cuando el término empresario, toma carta de naturaleza y ya se instala definitivamente en nuestra legislación mercantil. Valgan como ejemplos: arts. 16 y ss. del C.co; el título III del libro I del C.co titulado “de la contabilidad de los empresarios”- arts. 25-49 (no citándose ni una sola vez el término comerciante). También constatamos como el RRM prefiere hablar de empresario. La LGCU dispone que “se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya se pública o privada” (art. 4LGCU).

Según URIA el empresario es “la persona física o jurídica que, por sí o por medio de un representante, ejercita y desarrolla en nombre propio una actividad constitutiva de empresa, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad”. De esta definición podemos extraer dos datos fundamentales que integran el concepto del comerciante:

- Un elemento de hecho o empresario en sentido económico.
- Un elemento jurídico o empresario en sentido jurídico.

Cuando utilizamos el término empresario en sentido económico estamos poniendo nuestra atención en la actividad profesional del individuo. Serían empresarios, en este sentido, las personas que hacen del comercio su profesión, con independencia de que actúen personalmente o por medio de mandatario o representante. SÁNCHEZ CALERO, desde una perspectiva económica, define al empresario, como la persona que organiza la empresa, la dirige ejerciendo su autoridad sobre los que trabajan en ella y asume los riesgos que esa actividad implica en el sentido de que sus bienes o servicios sean o no aceptados por el mercado, generándose beneficios o pérdidas. Por el contrario, el elemento jurídico hace referencia a los efectos jurídicos que despliega la actividad mercantil. Desde este punto de vista, se califica de empresario a quien ejerce el comercio en nombre propio, adquiriendo personalmente los derechos y obligaciones que se producen en la actividad mercantil; Se dice que, en sentido jurídico, empresario sería el "el dueño del negocio".

Nuestro C.co., en su art. 1 señala que *"Son comerciantes para los efectos de este Código:*

- 1. Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.*
- 2. Las Compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código".*

Las notas características del concepto de empresario son las siguientes:

- a) Organización y planificación, esto es, la actividad debe implicar una organización de los elementos materiales y humanos necesarios para producir los bienes y servicios, con una finalidad: la creación de la empresa, que puede ser objeto de negocios jurídicos, considerándola como un todo, fruto de la unión de elementos heterogéneos.
- b) Profesionalidad, es decir, una actividad reiterada en el tiempo o habitual. Según el Código de Comercio, existirá la presunción legal del ejercicio habitual del comercio, desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil.
- c) Actividad en nombre propio. Esta nota permite distinguir al empresario en sentido jurídico de otros sujetos a los que vulgarmente se les denomina empresario, como su personal directivo que actúan en nombre del empresario y no en el suyo propio (factor, dependiente, mancebo).

El empresario individual es una figura clásica en el mundo empresarial y constituye una de las formas más frecuentes de creación de empresa. Generalmente se asocia con el autoempleo, dado que el propietario de la empresa es a su vez trabajador en la misma, independientemente de la actividad que desarrolle y del tipo de trabajo que realice. A la hora de crear una empresa, esta figura suele ser elegida fundamentalmente por los comercios al por menor, (tiendas de ropa, alimentos, papelerías, artículos de regalo, joyerías, quioscos de prensa, etc.), y por profesionales como fontaneros, electricistas, pintores, decoradores, etc.

A efectos prácticos, el decantarse por constituirse como empresario lleva aparejadas ciertas ventajas e inconvenientes. A modo esquemático señalamos las siguientes:

a) Ventajas de adoptar la forma de empresario individual:

\*Es el modelo empresarial idóneo para el desarrollo y funcionamiento de empresas de muy reducido tamaño.

\*Es la forma que menos gestiones y trámites ha de hacer para la realización de su actividad, puesto que no tiene que realizar ningún trámite de adquisición de la personalidad jurídica, a diferencia de si se opta por ser empresario social.

\*Puede resultar más económico, dado que no crea un patrimonio jurídico separado del propio empresario.

b) Inconvenientes del empresario individual:

\*La responsabilidad del empresario es ilimitada. Responde con todos sus bienes presentes y futuros de las deudas generadas en su actividad empresarial.

\*El empresario individual debe hacer frente en solitario a los gastos y a las inversiones, así como a la gestión y administración.

\*Si su volumen de beneficio es importante, puede estar sometido a tipos impositivos elevados ya que la persona física empresario tributa por tipos crecientes cuanto mayor es su volumen de renta, mientras que las sociedades de reducida dimensión (menos de 8 millones de € de cifra de negocios) tributan al tipo del 25% sobre los primeros 120.202,41 € de beneficios.

## II. CLASES DE EMPRESARIOS

Atendiendo a la estructura personal del empresario, criterio acogido por el art. 1 del C.Co. distinguimos entre *empresario individual*, es la persona física que ejercita en nombre propio, por sí o por medio de representante, una empresa o actividad empresarial. En consecuencia la capacidad legal necesaria para ser

un empresario individual y, por consiguiente, para el ejercicio del comercio, se obtiene al alcanzar la mayoría de edad (18 años -art. 12 CE), y por gozar de la libre disposición de los bienes (art. 4 C.Com). También puede estar casado, con un régimen especial en cuanto a las deudas contraídas por su empresa, tratados en el C.co en los arts. 6 a 12. De ello se deduce que no pueden ejercer el comercio por sí mismos, por tanto, ni los menores (aún emancipados) ni los incapacitados sometidos a tutela o curatela. Y *empresario social*, es decir, cuando dos o más personas se ponen de acuerdo en aportar a un fondo común dinero, bienes o trabajo para explotar una actividad comercial o industrial, con el fin de distribuir ganancias entre sí cuando las obtengan. De esta manera, creamos, a través de un artificio legal: escritura pública e inscripción en el RM, un nuevo empresario, social, con personalidad jurídica propia distinta de los socios. Las sociedades mercantiles pueden adoptar la forma de anónima, limitada, regular colectiva, comanditaria simple o por acciones, sociedades anónimas especiales y cooperativas. Por lo que respecta a estas últimas, el C.co únicamente reputa mercantiles a las que realicen su actividad empresarial no sólo con sus socios, sino también relacionado con terceros [véanse arts. 124 C.Com y 4 de la Ley de Cooperativas de 1999]. También se consideran mercantiles las mutuas de seguros a prima fija [art. 124 C. Com].

Atendiendo a la titularidad y al control de la empresa, podemos distinguir entre *empresario privado*, propietario en particular de la empresa, o *empresario público*, en el que la propiedad y la iniciativa de la empresa pertenece al Estado en el más amplio concepto posible del mismo (Comunidad Autónoma, Diputación provincial, Ayuntamiento, arts. 53 y ss. de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Ordenación y Funcionamiento de la Administración General del Estado etc.). Todo ello al amparo constitucional del art. 128.2 CE que reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. También cabe que la titularidad y el control de la empresa puedan ser ejercidos conjuntamente entre el poder público y privado, con lo que estaríamos en presencia del *empresario mixto*.

Otra categoría de empresarios es la que distingue entre los grandes, medianos y pequeños empresarios. Nuestro C.co de 1885, acoge, como sabemos un criterio único, a diferencia de otros países de nuestro entorno, como Alemania o Italia que sí contemplan legalmente esta clasificación. Sin embargo, la realidad económica y fiscal ha impuesto esta clasificación y observamos como existen Leyes especiales que con posterioridad al C.co han acogido, de forma transversal, esta clasificación. Así, por ejemplo, el RD 1.515/2007, que aprueba un nuevo Plan de Contabilidad *para pequeñas y medianas empresas*. También, se contempla en la norma contable un nuevo término que alude al tamaño del empresario, la *microempresa*. La LSC, asimismo, se suma a esta tendencia y admite criterios de distinción del empresario

en función del tamaño de la empresa, -volumen de negocio, trabajadores, etc.- y en algunos casos somete al empresario, el *grande*, a todas sus disposiciones legales, y por el contrario, al *pequeño y al mediano*, les exime de obligaciones o, por el contrario, les aplica un régimen más benigno contablemente hablando y menos costoso fiscalmente. Pero, insistimos, el C.co no acoge esta distinción, que paradójicamente, fruto de estas soluciones legales fragmentarias, sí ha calado en la sociedad en general y por ende en el legislador especial.

Asímismo ha ido abriéndose paso en la actualidad, -aunque tampoco acogida en nuestro C.co.-, la clasificación que distingue entre *empresario fijo o establecido* y *empresario ambulante*, o sin sede física. También, al socaire de esta tipificación, cabe distinguir entre comerciantes de ferias o mercados, comerciantes sobre muestrarios y comerciantes ambulantes. (La ley 9/1998, de 25 de noviembre, llama a los que ejercen el comercio ambulante, *comerciantes*). En este mismo sentido, la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, cuando regula los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil o en el domicilio del consumidor alude a esta terminología y dicta especialidades en materia de estos contratos (forma escrita, posibilidad de revocación, etc.). La Ley de 15 de enero de 1996, de Ordenación del Comercio Minorista, también utiliza el término empresario, conjuntamente con el de comerciante al por menor.

Otra clasificación permite distinguir entre empresarios mercantiles y, empresarios no mercantiles. Se trata de empresarios, que en base al Derecho positivo, deben ser calificados como empresarios civiles o administrativos. Las figuras del artesano, agricultor y ganadero han quedado históricamente excluidas del ámbito mercantil, -fruto de la concepción de la artesanía de 1885 -actividad realizada en nombre propio, sin disponer de una empresa, llevada a cabo personalmente y con la ayuda de familiares -; agricultura y ganadería -explotados directamente por ellos con fines de autoconsumo, o a lo más, venta de sus productos en los Mercados de la época, fuera del ámbito y regulación del Derecho mercantil, estando su ordenación más próxima al Derecho administrativo y civil. Ello se justificaba por opción legislativa excluyente, al quedar fuera del C.co y del concepto de ventas mercantiles las compras- ventas de los artesanos realizadas en sus propios talleres; “las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados...” (art. 326. 2º y 3º). Sin embargo, se encuentran sometidos a Leyes como la de Defensa de la Competencia. El propio Anteproyecto de Ley del Código mercantil, -acorde a los nuevos tiempos-, concibe las actividades artesanas, ganaderas y de agricultura, no sólo desde el punto de vista comercial, sino también, en su aspecto industrial, constituyendo estas actividades el objeto de sus empresas. Aquí, ya sí podríamos hablar de auténticos empresarios, pero hay que decir que aún no se ha aprobado,

por lo que seguimos lastrando conceptos e ideas de 1885 que como podemos apreciar no se ajustan a la realidad social ni empresarial. Compartimos la tesis de A. ROJO de mantener fuera del Derecho mercantil la actividad directamente ligada al fondo (producción en sentido estricto), pero no la actividad empresarial de transformación de productos agrícolas y ganaderos, que claramente debe estar en la órbita mercantil.

Mención especial merecen los profesionales titulados (abogados, médicos, farmacéuticos), que en algunos casos realizan actividades empresariales (supuesto del farmacéutico que vende productos parafarmacéuticos en su oficina de farmacia). En estas ventas, al farmacéutico se le anuda, a su condición de profesional titulado, la condición de empresario y por ello se le obliga a llevar contabilidad. No cabe duda, que si opta por constituirse en algún tipo societario mercantil, sí será considerado empresario.

También es posible que las fundaciones (art. 2 Ley 50/2002 de 26 de diciembre, de Fundaciones) además de dedicarse a tareas fundacionales pueden realizar actividades empresariales recibiendo por ello la categoría de empresario. En este sentido, merecen especial atención las Cajas de Ahorro. Como empresarios, las Cajas de Ahorro han estado obligadas a la llevanza de la contabilidad y al deber de inscripción en el Registro Mercantil.

Más recientemente, -y obviamente creando más confusión, si cabe-, se unen al término empresario dos nuevos conceptos: el de emprendedor (Ley 14/2013) "...cualquier persona que desarrolla una actividad económica empresarial o profesional" y el de operador económico (Anteproyecto de Código Mercantil) en donde se nos especifica que "... La aplicación de las normas que se dictan para los empresarios....se extiende a los demás operadores del mercado...".

Atención especial merece el empresario marítimo regulado en la Ley de Navegación Marítima (2014) que deroga el libro III del C.Co.

Por último, podemos distinguir entre empresario *aparente* y *empresario oculto*, siendo aquel una persona natural o jurídica, que ejercita en nombre propio la actividad constitutiva de la empresa. Por el contrario, será empresario oculto el que, pudiendo también ser persona física o jurídica, facilita al primero los medios económicos necesarios para el ejercicio de dicha actividad, dirige la empresa y se apropia de los beneficios que esta pueda obtener. El empresario aparece oculto, actuando como empresario aparente otra persona vinculada a ese empresario oculto por una relación de carácter fiduciario. Esto no plantea problemas en Derecho cuando el empresario aparente puede satisfacer a sus acreedores. Sin embargo, el problema será cuando no pague sus deudas. La defensa que les queda a los

acreedores es esgrimir fraude de ley, con lo cual podrá hacerse responsable de las deudas al auténtico empresario, como se deduce del 6.4, Código Civil. Otra forma de evitar que los acreedores se vean perjudicados y salvar sus créditos es a través de la prohibición del abuso del Derecho e, incluso, se permite que el tercero se dirija contra el empresario aparente si éste actuó en representación del empresario oculto.

### PREGUNTAS TIPO TEST

- 1. Complete esta frase: Son comerciantes los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio...**
  - a. Tienen licencia fiscal.
  - b. Se dedican a él habitualmente.
  - c. Tienen poder suficiente para ejercerlo.
  - d. Tienen establecimiento abierto al público.
- 2. La capacidad legal para ser empresario consiste:**
  - a. Tener dinero y querer invertirlo.
  - b. Ser mayor de edad.
  - c. Ser mayor de edad, no estar incapacitado legalmente y tener libre disposición de sus bienes.
  - d. Ser mayor de edad y estar dado de alta en el impuesto correspondiente.
- 3. En el ejercicio del comercio de un empresario, la nota predominante es...**
  - e. La consecución de un beneficio económico.
  - f. El pago de impuestos.
  - g. La existencia de pérdidas.
  - h. Tener un establecimiento abierto al público.
- 4. ¿Son requisitos imprescindibles en el ejercicio del comercio la libre disposición de los bienes y la mayoría de edad?**
  - a. Si, en todo caso.
  - b. Sí, siempre que el comerciante se encuentre dado de alta en la S.S.
  - c. No.
  - d. Solo si desea inscribirse en el Registro mercantil.

- 5. ¿Qué tipo de empresario responde con los bienes que están afectados al ejercicio de la actividad empresarial y con los suyos propios que no lo están directamente?**
- a. Empresario individual.
  - b. Empresario social.
  - c. El que sea persona jurídica.
  - d. La sociedad.