

Lección III

Dr. José Luis Pérez-Serrabona González

ESTATUTO JURÍDICO DEL EMPRESARIO. LA CONTABILIDAD DEL EMPRESARIO. EL REGISTRO MERCANTIL. LOS AUXILIARES Y COLABORADORES DEL EMPRESARIO. LA INSOLVENCIA DEL EMPRESARIO Y EL DERECHO CONCURSAL

Es de capital interés conocer quién puede ser considerado empresario pues éste está sometido a un *estatuto jurídico*, a un conjunto de reglas le son de aplicación, tanto si se trata de un empresario individual como de un empresario social o sociedad mercantil; un régimen para la seguridad del tráfico económico que gira alrededor de tres materias: el modo de llevanza de contabilidad, que se convierte en una obligación regulada por unas determinadas prescripciones; el modo en que lleva a cabo o debe llevar a cabo su publicidad (“la extraordinaria importancia de la actividad empresarial exige rodearla de cumplida publicidad”, URLA), particularmente, sin entrar en el régimen de la publicidad privada (que se va a integrar en el Derecho de la competencia en el mercado, que debe ser libre y leal), en lo que atañe a la publicidad oficial o registral a través de la inscripción de personas y de actos en los registros (y, fundamentalmente, en el Registro mercantil); y por el modo de responder de sus deudas, sobre todo en el caso de insolvencia, para la que ofrecía tradicionalmente como respuesta el Ordenamiento mercantil un procedimiento de ejecución colectiva (las instituciones de la quiebra y de la suspensión de pagos), propio y exclusivo para el empresario o comerciante, hoy desaparecido, tras la Ley Concursal, que es de aplicación a cualquier deudor (salvo a las Administraciones Públicas), quedando tan sólo algunas especialidades si el declarado en concurso es un empresario. El estatuto jurídico del empresario viene conformado, pues, por obligaciones profesionales (para cualquier empresario algunas, para algunos concretas otras) en las que se observa una tendencia hacia la generalización a otros sujetos jurídicos.

I. LA CONTABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS

A) La llevanza de la contabilidad como deber del empresario.

El Código de comercio obliga a todo empresario a llevar una contabilidad ordenada (que puede llevar directamente o *-auxiliado-* por otras personas a las que él autoriza), adecuada a la actividad de su empresa, que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones y, al cierre de cada ejercicio, a formular las *Cuentas Anuales* que deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio (los bienes *-y las deudas-*), los resultados (positivos o negativos) y la situación financiera. Son varios los intereses a los que sirve la contabilidad. Desde luego a los del empresario, que va a conocer la realidad de su empresa (y, si se trata de una sociedad, a los socios que van a disponer de la información precisa), al de los trabajadores, al de los terceros y al del Estado. Si la contabilidad es llevada de forma correcta se podrá saber si la empresa gana o pierde, cuánto gana o cuánto pierde y, finalmente, porqué gana o porqué pierde. Todo empresario (sin perjuicio de que al empresario social se le obligue a llevar algunos libros específicos), debe llevar, para lograr ese objetivo, un Libro Diario y un Libro de Inventarios y Cuentas Anuales. La contabilidad es, por tanto, igualmente, un importantísimo medio de prueba (como documento privado).

B) Contabilidad formal y material

Considerada en doble aspecto puede distinguirse entre la contabilidad en sentido formal y en sentido material.

Se entiende por contabilidad formal el modo en que deben ser llevados los libros. Como hemos indicado, independientemente de otros que puedan ser llevados porque así lo considere el empresario (*voluntarios*) o que se exijan para determinados empresarios concretos (libro de actas, libro de socios, etc., en las sociedades, libros que no encajarían exactamente en el concepto de libros de contabilidad, aunque sí en el más general de libros de los empresarios, *especiales*) hay dos libros *obligatorios*: libro *Diario*, en el que se registran día a día todas las operaciones que realiza la empresa (aunque es válida la anotación por trimestres, si su detalle está en otras anotaciones o libros) y el libro de *Inventarios y Cuentas Anuales*, que se inicia con el balance inicial y que recoge los balances trimestrales (de comprobación) y el inventario de cada ejercicio, junto a las cuentas anuales. Éstas *Cuentas Anuales* están formadas, a su vez, por cinco cuentas diferentes, aunque forman una unidad: el *Balance* (que distingue entre el activo *-lo que se tiene-*, el pasivo *-lo que se debe-* y el patrimonio neto), la *Cuenta de pérdidas y ganancias* (que, distinguiendo entre los ingresos y los gastos del ejercicio ofrece el resultado), el *Estado sobre los cambios en el patrimonio neto*, el *Estado de flujos de*

efectivo (que incluye pagos y cobros) y la *Memoria* (que amplía la información), la comenta o la completa. Algunas sociedades (en razón de su *tamaño*) pueden presentar alguna de estas cuentas de forma *abreviada*. Existe un Plan General de Contabilidad (como modo de llevar unas cuentas normalizadas).

Todos los libros (obligatorios) están sometidos a unos determinados requisitos en su llevanza: señala el Código que o bien antes de su utilización se llevan al Registro Mercantil, para su legalización (poniendo el sello del Registro en todas sus páginas) o bien se practica esa diligencia, dentro de los cuatro meses desde la fecha de cierre del ejercicio, presentados los libros a posteriori. La Ley 14/2013 de Apoyo a los Emprendedores, sin derogar ni modificar el contenido del Código de comercio establece que todos los libros obligatorios “se legalizarán telemáticamente en el Registro Mercantil después de su cumplimentación en soporte electrónico”, que se ha de convertir en el único modo posible de cumplir con esa garantía extrínseca. De otro lado, se exige orden cronológico en las anotaciones (sin espacios en blanco ni tachaduras) y claridad y la conservación de los libros (incluso por los herederos del empresario, durante un plazo de seis años, desde el último asiento que se hizo en los libros).

En lo que se refiere a la contabilidad en sentido material, lo que se pretende obligando al empresario a llevar la contabilidad y a llevarla de una manera concreta, es que la misma muestre la imagen fiel de la realidad patrimonial del empresario, de su situación financiera y de los resultados. Por ello, los empresarios (o los administradores de las sociedades) que las firman y presentan deben seguir unos determinados criterios de valoración, los principios de contabilidad generalmente aceptados, lo que permite que se puedan comparar: empresa en funcionamiento, prudencia valorativa, no compensación de partidas del activo y del pasivo, unidad, realidad, continuidad, claridad, fidelidad, valor razonable son, entre otros, esos principios que exige tanto el Código de comercio y La LSC como las normas contables internacionales (NIC –Normas internacionales de contabilidad- y NIC-NIIF –Normas Internacionales de Información financiera) y textos comunitarios.

C) Formulación y presentación de las Cuentas

Al empresario corresponde, por tanto, la redacción de las Cuentas Anuales y de su formulación. Para mayor transparencia de la información que ofrecen estas Cuentas, en determinadas ocasiones las Cuentas deben ser sometidas a un control externo (más allá del que, por ejemplo, hayan podido llevar a cabo los socios, cuando las aprobaron) que se conoce con el nombre de auditoría de cuentas, lo que puede dar lugar a un informe favorable (o favorable con salvedades) o desfavorable. Ese informe lo emiten los auditores de cuentas (personas, físicas o jurídicas) que

cumple los requisitos de capacitación y se encuentra inscrita en el Registro Oficial de Auditores. Están obligados a someterse al control de auditoría determinados empresarios (sociedades anónimas bursátiles, sociedades de seguros... o cuando se solicite por quien tenga un interés legítimo, o la minoría que represente el 5% del capital de una sociedad de capital) y así lo acuerde el Registrador mercantil o el Letrado de la Administración de Justicia). Una vez aprobadas las cuentas (por el órgano correspondiente) las sociedades y algunos empresarios deben depositar sus cuentas, junto al informe de gestión y, en su caso, el de auditoría, en el Registro Mercantil, acarreando sanciones el incumplimiento de esta obligación. No están obligados a ello los empresarios individuales que sí podrán hacerlo si están inscritos (aunque siempre deberá hacerlo el "emprendedor de responsabilidad limitada"). El depósito de las cuentas supone la publicidad de las mismas, lo que no es contrario al carácter secreto de la contabilidad. En este sentido hay que distinguir entre "comunicación" o reconocimiento general de los libros y documentos y "exhibición" que se limita a determinados puntos que tengan que ver con la cuestión de que se trate. Ambas deberán solicitarse por quien acredite interés y acordarse por el Letrado o Registrador citados. Las irregularidades en la llevanza de la contabilidad pueden suponer incluso responsabilidad penal.

II. LA PUBLICIDAD REGISTRAL. EL REGISTRO MERCANTIL

Para dar seguridad y certeza al ejercicio de las actividades económicas se crea el Registro Mercantil en el que se van a inscribir los empresarios mercantiles y determinados actos y negocios, legalizar los libros contables y recibir en depósito éstos y el resto de documentos, cumpliendo también otras funciones diferentes. Se establece la presunción legal de que lo inscrito en el Registro se considera conocido por todos, mientras que los actos que deban inscribirse, pero no se hayan inscrito no producirán efectos frente a terceros de buena fe. Históricamente existía el Libro matrícula de mercaderes.

A) El Registro Mercantil

El Registro Mercantil (Territorial) es una oficina pública, con ámbito de competencia provincial (aunque hay algunos en determinadas poblaciones concretas) a cuyo frente se encuentra el Registrador (del Cuerpo de Registradores de la Propiedad y Mercantiles). El Registro Mercantil Central, ubicado en Madrid y de carácter meramente informativo, centraliza los datos de todos los Territoriales (que le son remitidos). Se encarga, asimismo, de impedir que puedan inscribirse en el Registro denominaciones de sociedades y entidades idénticas a otras preexistentes, por lo que al constituirse una sociedad ha de solicitar del RMC que expida una certificación de que no existe la denominación solicitada a favor de

otra entidad previamente inscrita (sin poder autorizar las que coincidan con otra notoria –española o extranjera– o las que induzcan a error o confusión). Gestiona, además, la denominada “Bolsa de denominaciones sociales con reserva”, entre las que el interesado podrá elegir y descargarse alguna mediante una certificación electrónica. El RMC se encarga también de la edición y publicación del Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) que facilita la información del contenido del Registro, siendo su principal interés el hecho de que los efectos de la publicidad registral por parte de los terceros de buena fe se inician más que desde la inscripción, desde la publicación (desde la exteriorización), que es electrónica (en el dominio www.boe.es). Tiene dos Secciones: la primera (en la que se publican los datos remitidos por los Registradores territoriales) y la segunda (Anuncios y avisos legales, cuando son necesarios).

El Registro Mercantil es público y los datos del mismo pueden ser consultados por cualquier persona, sin que tenga que justificar su interés en los mismos, siendo facilitados tales datos por el Registrador mediante la expedición de notas o copias simples informativas o mediante certificaciones que acrediten (sólo las certificaciones lo hacen fehacientemente) lo inscrito o que algo no está inscrito. También puede practicarse, para acceder al “contenido esencial de los asientos” una consulta telemática. El portal registradores.org permite búsquedas y gestiones. Puede hablarse, pues, de *publicidad formal*. El Registro Mercantil (como el de la Propiedad) se lleva en formato electrónico.

B) Sujetos y actos inscribibles

Los sujetos que se pueden inscribir en el Registro mercantil son: los empresarios individuales, los empresarios sociales o sociedades mercantiles (no las sociedades civiles, salvo las Profesionales), todas las entidades de crédito y de seguros, las sociedades de garantía recíproca y las agrupaciones de interés económico; las sociedades de inversión colectiva y los fondos de inversión (en este caso la inscripción es facultativa), así como las demás personas o entidades que establezcan las leyes (como por ejemplo, las entidades –no personas físicas– que se dediquen al comercio mayorista o minorista cuando el importe anual de sus ventas supere los 601.010 euros o los emprendedores, personas físicas, de responsabilidad limitada). También deben inscribirse los fondos de pensiones y las sucursales (que, en realidad, no son sujetos al no tener personalidad jurídica). De todos estos sujetos obligados a inscripción, debe excluirse al empresario individual, cuya inscripción es potestativa salvo en el caso del empresario marítimo (o naviero) que es de inscripción obligatoria. Para poder inscribir cualquier documento o cualquier acto relativo a un sujeto inscribible, se exige la previa inscripción de ese sujeto, por lo que será muy frecuente la inscripción del empresario individual que

puede ser solicitada aún en contra de su voluntad (por ejemplo, por su cónyuge, en relación con el consentimiento y la afectación de los bienes). El empresario individual que no se ha inscrito no puede beneficiarse de los efectos que produce la inscripción, aunque sí tiene acceso al Registro para la legalización de sus libros. Existirá una hoja abierta para cada sujeto que se inscriba (empresario individual, sociedad o entidad) en la que quedarán identificados, así como su actividad. La inscripción se practica, por regla general, en virtud de documento público (acta notarial o documento judicial o administrativo), salvo que la ley permita otra cosa. Es el principio de *titulación pública*, que ya supone una primera garantía de la legalidad de su contenido, al ser profesionales cualificados quienes velan, en ese primer momento, porque se respeten las formas necesarias para la validez de los documentos. Los sujetos inscritos incorporarán en su correspondencia y documentación los datos registrales.

En lo que se refiere a los actos inscribibles son muy numerosos: en el caso de persona jurídica se debe inscribir la constitución; nombramiento y cese de administradores, auditores y liquidadores; poderes generales y delegación de facultades; modificación de estatutos sociales; modificaciones estructurales (fusión, escisión, transformación); creación (y cierre) de sucursales; disolución y liquidación de sociedades (y extinción). En el caso de persona física, la primera inscripción; datos relativos a la capacidad; datos relativos al régimen económico del matrimonio; poderes; apertura y cierre de sucursales y declaración en concurso. En el caso de la inscripción del emprendedor de responsabilidad limitada además de su inscripción en el RM se ha de practicar en el Registro de la Propiedad la anotación de la vivienda (pues queda afecta a un régimen especial de responsabilidad que le hará, incluso, quedar fuera de los bienes con los que responda tal empresario, de las deudas *empresariales*).

C) Efectos de la inscripción y principios registrales

Los grandes efectos de la inscripción en el Registro Mercantil son, de un lado, que todo lo inscrito y publicado en el BORME es conocido por terceros de buena fe desde la fecha de la publicación, tratándose de una presunción que no admite prueba en contrario (*publicidad material positiva*). Así, todo lo inscrito y publicado *es conocido por todos* y va a afectar a todos, cuando se trata de actos o contratos que obligatoriamente deben inscribirse y están efectivamente inscritos. De otro lado, quien debe inscribir y no lo hace no puede beneficiarse de esa inscripción (*publicidad material negativa*), esto es, los actos o contratos que debieran estar inscritos y no lo están no producen efectos frente a terceros de buena fe (aunque sí entre las partes). Habiendo discordancia entre lo inscrito y lo publicado, los terceros de buena fe podrán invocar la publicación si le es favorable.

Puede entenderse también este principio como el de *oponibilidad*, pues lo inscrito (y publicado) es oponible a terceros, quedando a salvo los actos de terceros que actúen de buena fe.

Junto a esos principios de publicidad pueden señalarse otros: el *principio de legalidad* que exige que el Registrador, en una destacada función, califique antes de proceder a la inscripción, el documento presentado, comprobando la legalidad del negocio, su forma, la capacidad y legitimación de los otorgantes y, en definitiva, el cumplimiento de todas las prescripciones legales. En virtud de ello, autoriza o deniega la inscripción (y cabe recurso contra su decisión). Por el principio de *presunción de validez* o de *legitimación* se entiende que el contenido del Registro es exacto y válido, sin que puedan destruirse esas condiciones más que con una sentencia de inexactitud o nulidad. Sin embargo, la declaración judicial de inexactitud o de nulidad de los asientos del Registro no puede perjudicar los derechos adquiridos de terceros de buena fe (principio de fe pública). En virtud del llamado *principio de prioridad* será la fecha de entrada en el Registro la que determine la prioridad de los documentos de modo que, inscrito un título, no será posible inscribir otro que resulte incompatible con él, de igual o anterior fecha. Finalmente, el *principio de tracto sucesivo*, propio del Derecho hipotecario que obliga a que el acto que pretende inscribirse provenga o derive de otro previamente inscrito (con lo que se observa el orden de transmisión y sucesión de la finca inscrita) se concreta en el hecho de que los contratos o actos inscritos exigen que el sujeto que los otorga esté previamente inscrito (por ejemplo, no se podrán inscribir cuestiones relativas al régimen económico del matrimonio del comerciante, si no está el comerciante inscrito previamente; no podrán inscribirse actos o contratos celebrados por administradores o apoderados, si no se ha inscrito previamente el nombramiento de los mismos).

Como ya se ha indicado el Registro Mercantil es la entidad encargada de la legalización de los libros de contabilidad. También tiene encomendada la función de nombrar los expertos independientes cuando corresponde (para el caso de aportaciones no dinerarias a las sociedades, para los supuestos de fusión o escisión de sociedades, etc.) o los auditores de cuentas y en el mismo se depositan las cuentas anuales por parte de los empresarios (y será el encargado de la publicidad de las mismas).

Junto al Registro Mercantil (regulado en el Código de comercio y en su Reglamento) que se encarga de recoger la actividad de los empresarios hay otros Registros para cuestiones no de índole general (como las que hemos visto) sino de aspectos más concretos (por ejemplo, el Registro de Marcas) o de carácter administrativo y menor trascendencia jurídica, pues su función es más de

control (como el Registro de Empresas de Servicios de Inversión o el Registro de Franquicias). El Registro de Bienes Muebles (que tiene su propia norma reguladora) desempeña la función de Registro de la propiedad mueble; de cargas y gravámenes (hipoteca mobiliaria, maquinaria industrial, establecimiento industrial, etc.) y de Condiciones generales de la Contratación. En él se inscriben, entre otros, los automóviles y otros vehículos a motor, la maquinaria industrial, establecimientos mercantiles y bienes de equipo; y los buques y las aeronaves, que antes se inscribían en el Registro Mercantil, como *cosas* mercantiles. También en este Registro, el Registrador califica, pudiéndose acceder al mismo en virtud de documento privado (y, normalmente, el carácter de la inscripción, es voluntario).

III. COLABORADORES Y AUXILIARES DEL EMPRESARIO

Para el desarrollo de su actividad el empresario se auxilia de la colaboración de otras personas que mantienen con él una relación permanente o esporádica que es llevada a cabo dentro de la propia empresa (en este caso, por regla general, en régimen de subordinación o dependencia) o fuera de la misma o, de otro modo, de manera independiente, sin subordinación. Quienes, con muy variadas funciones, actúan en el ámbito de la gestión del negocio, no sólo pueden colaborar con su empresario, sino que lo representan en su propia actuación por lo que su ésta va a traer consecuencias para el empresario pues en cuanto sus actos son ejercidos en representación de aquél, sus efectos también van a recaer sobre él. Son colaboradores, pero están investidos, en virtud de un acto concreto, de un poder de representación.

A) Los colaboradores dependientes.

Los colaboradores o auxiliares *dependientes* son aquellos que, de modo permanente y en régimen de subordinación al empresario y de dependencia del mismo le ayudan en el desarrollo de su actividad económica, sin asumir riesgo empresarial de forma personal. En la relación con el empresario y, con referencia al ámbito interno de la misma, ha de considerarse que existe una relación de carácter laboral. Las definiciones que ofrece el Estatuto de los Trabajadores en su primer artículo engloban de modo perfecto el concepto del colaborador dependiente en el de trabajador "que voluntariamente presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica", el empresario, entendido en la legislación laboral no como sujeto principal de la actividad económica (o comercial) sino como empleador (persona física –el empresario individual, en nuestro caso- o persona jurídica –la sociedad mercantil- que recibe la prestación de servicios de los trabajadores).

El *factor* es un apoderado general para dirigir el establecimiento (o la sucursal), extendiéndose su poder a todo el giro o tráfico de su empresa. Se ha señalado y así se desprende del Código de comercio, que la relación que une al factor con su principal (el empresario que lo apodera) es un mandato, un contrato de mandato, aunque por darse una nota de permanencia en la relación (que no es propia del mandato) puede mejor considerarse como un contrato de arrendamiento de servicios y, más concretamente, desde otro punto de vista, un contrato de trabajo o una relación laboral de carácter especial (la del personal de alta dirección). De cualquier modo, el factor representa al empresario, en cuyo nombre actúa (cuando factor no actúa en nombre propio), por lo que los resultados de los actos y contratos que lleva a cabo en nombre del empresario recaen sobre el propio empresario que responde frente a los terceros de las obligaciones contraídas por el factor. A él corresponden igualmente los resultados prósperos (los beneficios). Pero cuando el factor actúa en nombre propio es él quien queda vinculado frente al tercero. Para ser nombrado factor hace falta tener capacidad para comerciar pues, aunque lo haga por cuenta ajena (por cuenta de su principal) sustituye al empresario y debe tener la misma capacidad que éste. El nombramiento del factor o su apoderamiento se hará mediante escritura pública, con la posterior inscripción en el Registro Mercantil; se trata de un acto formal. Sin embargo, también se admite y reconoce lo que se conoce como *factor notorio* que no cuenta con el poder inscrito en el Registro. Parece conveniente reproducir el precepto del Código (art. 286) que lo regula: "los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlo, o se alegue abuso de confianza, transgresión de facultades o apropiación por el factor de los efectos objeto del contrato, siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento, o si, aun siendo de otra naturaleza, resultare que el factor obró con orden de su comitente, o que éste aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivos". Los poderes conferidos al factor perduran hasta que son revocados (por ello incluso subsisten tras la muerte de quien los confirió, hasta que mediante un acto expreso sea desapoderado) en virtud del principio de continuidad de la empresa. Resulta lógico entender que sobre el factor recae una prohibición de hacer competencia a su principal por lo que, salvo que exista pacto en este sentido, no podrá realizar actividades (dentro del mismo género) para sí y si las lleva a cabo, los beneficios corresponderán al principal.

Es el factor un apoderado general, por tanto, que hoy se conoce con otros términos más ajenos al Código como el de gerente o director general. No son

factores (aunque puedan serlo) los administradores de las sociedades mercantiles, vinculados a las mismas en virtud de una relación mercantil (a la que representan).

Frente a ese apoderamiento general (que es el que caracteriza al factor) existen apoderamientos singulares, que sólo facultan para algunas o alguna función u operación o para una parte del tráfico. Estos apoderados singulares, muy inadecuadamente regulados en el Código de comercio, reciben el nombre de *dependientes* o mandatarios singulares y están facultados para actuar en un ramo de la actividad, esto es, de alguna o algunas gestiones propias del tráfico al que se dedique el comerciante o empresario; y, en ellos, se incluyen también los *mancebos*, a los que se autoriza para una operación mercantil (concreta) como vender al por mayor, o vender al por menor o recibir las mercancías, teniendo vedadas otras (como vender a crédito o cobrar fuera del almacén). La relación laboral con su principal, aparte el ámbito de representación es la existente en virtud del contrato de trabajo. El apoderamiento, de mayor o menor extensión, puede concederse por pacto escrito o verbal que se exterioriza mediante actos de publicidad o de comunicación.

Distinguidas las tres figuras, todas ellas dependientes en realidad, todos auxiliares del empresario, tan confusamente reguladas en el Código que a veces hace iguales o diferentes a *dependientes* y *mancebos*, éstos, junto al *factor*, son apoderados (general el factor, singulares –con mayor o menor extensión den el poder- dependientes y mancebos) conocidos en la actividad diaria con otros nombres de menor rigor jurídico como puede ser el de encargados o incluso el de dependientes (refiriéndose a los mancebos). Consideremos, mejor, a todos, como colaboradores dependientes y apoderados que desarrollan su actividad en el establecimiento. La diferencia entre cada uno de ellos radicará en el ámbito del apoderamiento, bien de carácter general, bien de carácter singular (y, en este caso, con mayor o menor extensión). Junto a ellos los auxiliares que la llevan a cabo fuera del establecimiento y aún de la ciudad (o plaza): los *agentes comerciales*, que se pueden considerar como empresarios, independientes y por ello sin vinculación laboral; y los *viajantes* o *representantes de comercio*, ligados, en este caso, sí, por una relación laboral, con funciones que dependen del contenido concreto del contrato.

Entre los *colaboradores independientes* del empresario se encuentran, como hemos señalado, los agentes comerciales (su carácter independiente les distingue del representante de comercio) y los comisionistas y corredores, más próximos a los intermediarios y otras variadas figuras que, en la mayor parte de los casos, son otros empresarios que colaboran en la actividad en virtud de contratos de comisión, corretaje, agencia, etc.

La singularidad del empresario de la navegación hace que existan unos colaboradores propios del empresario marítimo (no contemplados ya en el Código de comercio sino en la Ley de Navegación marítima o en la de Navegación Aérea), tales como el *gestor naval* (una especie de factor del naviero); el *Capitán del buque*, con muy amplias facultades de distinta naturaleza, incluidas, junto a las técnicas o profesionales (dirige la navegación y manda a la tripulación) y a las administrativas (poder disciplinario), otras de carácter comercial (pues representa al naviero en algunos contratos); el *consignatario de buques* (gestiona los intereses del naviero en tierra) o el *Comandante de la aeronave*, con facultades de representación, junto a otros colaboradores de a bordo o de tierra

IV. INSOLVENCIA DEL EMPRESARIO Y DERECHO CONCURSAL

Para los casos de anormalidad en el cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor —que ha de hacer frente a sus deudas con todos sus bienes presentes y futuros— y, en concreto, para la situación de insolvencia, tanto considerada de forma relativa (iliquidez) como de forma definitiva (hay menos bienes que deudas) las leyes mercantiles ofrecían dos posibilidades como modo de intentar satisfacer a los acreedores de tal modo que la situación de anormalidad en el mencionado cumplimiento de las obligaciones debía afectar a todos ellos por igual, de modo que se sustitúan las acciones y ejecuciones individuales por procedimientos colectivos: la suspensión de pagos para el empresario provisionalmente insolvente o la quiebra para el empresario insolvente, que “sobreesee en el pago corriente de sus obligaciones”. Procedimientos judiciales ambos, con sus órganos y sus diferentes clases, eran también instituciones propias y exclusivas del ámbito mercantil, con consecuencias mucho más graves que las propias del ámbito civil dada la especial condición del deudor, tenían como primer presupuesto la cualidad de empresario del deudor.

La Ley Concursal (la Ley 22/2003 de 9 de julio), modificada en *innumerables* ocasiones, sustituye a todo el procedimiento previsto con anterioridad por el Código de comercio y el Código civil y crea una nueva institución —el *concurso*— que no atiende a la condición del deudor ni distingue entre diferentes clases de deudor que se inspira y basa (así al menos se señala en la propia Ley) en el principio de unidad legal (en un mismo texto se regulan aspectos materiales y procesales), de unidad de sistema (un solo procedimiento con un requisito objetivo, la insolvencia) y de unidad de disciplina, lo que nos interesa destacar especialmente aquí, porque es el mismo régimen para el deudor insolvente, sea comerciante o no lo sea, contrariamente a lo que ocurría hasta entonces. Partiendo de la base de la existencia de una pluralidad de acreedores de un deudor insolvente,

éstos deberán ser tratados de igual modo (aunque podrá haber una prelación de créditos) y debe haber una unidad de ejecución concursal. Lo que se pretende es la "satisfacción del interés ordenado y colectivo de los acreedores", más que sanear su patrimonio para lo que habrá que llegar a un convenio, conservándose la empresa y su actividad (cuando se trata de un empresario), aunque puede suponer (de hecho, en la mayor parte de las ocasiones es lo que ocurre) la liquidación de dicho patrimonio. El principio de universalidad (afecta a todos los acreedores con todos los créditos) y el de *par condicio creditorum* (todos los acreedores deben ser tratados de igual modo) permiten alcanzar el objetivo de que todos los acreedores, ante la insuficiencia patrimonial de su deudor, puedan participar en el *reparto* (proporcional) del patrimonio, *soportando* las pérdidas también de un modo proporcional, si no se llega a una solución de la crisis en que se encuentra el deudor (y su actividad).

El presupuesto subjetivo del concurso no distingue entre deudor *civil* o deudor *mercantil* o empresario y podrá ser declarado en concurso cualquier persona, natural o jurídica. No se distinguen tampoco normas para situaciones especiales ni de particulares (sobreendeudados) ni sobre empresarios o profesionales (para quienes podría haber remisión de deudas). Por tanto, el empresario individual y el empresario social (o sociedad mercantil) podrá ser declarado en concurso, paralizándose las acciones individuales entabladas contra ellos. El presupuesto objetivo es la insolvencia común, esto es, el deudor no puede cumplir regularmente sus deudas, sus obligaciones exigibles; su insuficiencia patrimonial lo hace imposible. Si es el propio deudor el que solicita ser declarado en concurso, debe justificar su insolvencia y su estado de insolvencia (actual o inminente); si es un acreedor quien lo solicita deberá justificar su petición en título por el que se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo que se practique resulten bienes suficientes para el pago o si se dan algunas concretas situaciones (por ejemplo, que el deudor haya sobreseído en los pagos; que haya pagos pendientes que afecten de manera general a su patrimonio, etc.). A ellos debe añadirse el presupuesto formal: el concurso debe ser declarado judicialmente, una vez solicitado, solicitud que puede hacer el propio deudor (si es sociedad deberá acordarlo y solicitarlo el órgano de administración) –concurso voluntario–, cualquier deudor, los socios personalmente responsables de las deudas de la sociedad (en su caso) y los herederos y acreedores del deudor fallecido –concurso necesario–. Sólo *se está en concurso*, cuando éste ha sido declarado por el Juez.

La declaración del concurso produce determinados efectos sobre el deudor (cuyas facultades sobre su patrimonio pueden quedar suspendidas y puede llegar a suponer la suspensión de algunos de sus derechos fundamentales como su libertad, sobre la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones);

sobre los acreedores, paralizándose las acciones individuales; sobre los créditos (que no podrán compensarse, dejarán de devengar intereses...); y sobre los contratos vigentes, que no van a quedar resueltos o extinguidos por la declaración.

Son órganos del concurso el Juez (Juez mercantil), que declara el concurso y lo *dirige*; la administración concursal que puede intervenir en la administración del patrimonio del concursado (incluso sustituirlo), órgano (colegiado o individual) designado por el Juez al que corresponde la delimitación de la masa activa (todos los bienes y derechos patrimoniales, salvo los inembargables) y la determinación de la masa pasiva (los créditos, las deudas) y elaborar un inventario, una lista de acreedores y un informe; la Junta de acreedores, que se reunirá para alcanzar el convenio; y el Ministerio Fiscal que interviene en la fase de calificación. En ella, que sólo procede cuando sea aprobado un convenio con una quita (*rebaja*) superior a un tercio del importe de los créditos o una espera de tres años y en los casos de liquidación (es una fase *final*) el concurso puede ser calificado como fortuito y como culpable, lo que procederá, entre otros supuestos, cuando el deudor incumpla su obligación de llevar contabilidad, la lleve doble o hubiese cometido irregularidades graves en esa obligación –en un supuesto que claramente se refiere al deudor empresario-, presumiéndose dolo o culpa grave en el deudor si, obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no ha formulado las cuentas anuales, no las ha sometido a auditoria, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las ha depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso. La calificación como culpable tiene graves consecuencias (se inhabilita para administrar bienes ajenos; se pierden los derechos como acreedores; se obliga a indemnizar los daños y perjuicios, entre otros).

Las soluciones previstas para el concurso son dos: el convenio que puede ser propuesto por el deudor y aceptado por los acreedores y, finalmente, aprobado por el Juez; y la liquidación, cuando no se alcanza el convenio y que trae consigo la traumática situación de realizar la masa activa (mediante un plan de liquidación) y el pago a los acreedores siguiendo un orden: primero se pagarán los créditos contra la masa, luego los créditos con privilegio especial, posteriormente los créditos con privilegio general, los ordinarios y, finalmente, los subordinados (según la determinación legal de cada uno de ellos). El concurso concluye cuando se ha cumplido íntegramente el convenio o se ha realizado la liquidación.

El concurso se estructura a través de varias fases: *fase común* (declaración del concurso y adopción de medidas, nombramiento de administración concursal, determinación de masa activa y pasiva y clasificación de los créditos), *fase de convenio* (con posibles acuerdos de quitas y esperas), *fase de liquidación* (si no se ha alcanzado el convenio) y *calificación*.

PREGUNTAS TIPO TEST

1. El empresario mercantil está sometido a un estatuto jurídico que:

- a. Se refiere a la contabilidad, a la publicidad (legal), a la competencia y a la quiebra.
- b. Se refiere al régimen de la contabilidad y de la publicidad registral.
- c. Se refiere al régimen de la contabilidad, de la publicidad registral y de la insolvencia (con un régimen propio y exclusivo).
- d. No tiene un estatuto jurídico diferente al de cualquier otra persona.

2. La llevanza de contabilidad:

- a. Es una obligación del empresario individual (no de las sociedades mercantiles).
- b. Es una obligación de las sociedades mercantiles (no del empresario individual).
- c. Es una obligación de las grandes empresas (no de las medianas y pequeñas).
- d. Es una obligación de todo empresario (individual o social).

3. Son libros obligatorios en la llevanza de la contabilidad:

- a. El Libro Diario y el Libro de Inventarios y Cuentas Anuales.
- b. El Libro Diario, el Libro de Inventarios y Cuentas Anuales y el Libro de Actas.
- c. El *Balance*, la *Cuenta de pérdidas y ganancias*, el *Estado sobre los cambios en el patrimonio neto*, el *Estado de flujos de efectivo* y la *Memoria*.
- d. El Libro Diario, el Libro de Inventarios y Cuentas Anuales y el Libro de IVA y otros impuestos.

4. El Libro Diario:

- a. Obliga a hacer anotaciones de todas las operaciones día a día
- b. Obliga a hacer anotaciones de todas las operaciones día a día, pero se pueden hacer por períodos de tres meses
- c. Obliga a hacer anotaciones de todas las operaciones día a día, pero se pueden hacer por períodos de seis meses
- d. Recoge las más importantes operaciones de cada día

5. Debe inscribirse obligatoriamente en el Registro mercantil:

- a. El empresario individual.
- b. El empresario individual (casado).

- c. La sociedad mercantil.
- d. Cualquier operador económico.

6. Todo lo inscrito en el Registro Mercantil:

- a. Es exacto y válido.
- b. Se presume exacto y válido y sólo puede destruirse esa presunción con una sentencia judicial.
- c. Debe probarse por quien lo alegue.
- d. Se presume exacto y válido y sólo puede destruirse esa presunción por una calificación del Registrado.

7. Entre las funciones del Registro Mercantil está:

- a. El control de las Cuentas Anuales.
- b. El análisis de las Cuentas Anuales y el informe de los Auditores.
- c. El nombramiento de los Auditores.
- d. El nombramiento de los Administradores Concursales.

8. La distinción entre factores, dependientes y mancebos radica en:

- a. El ámbito de su apoderamiento (mayor o menor).
- b. El ámbito de su función (o actividad) en el establecimiento.
- c. El ámbito espacial de su actividad (dentro del establecimiento o fuera de él).
- d. La relación laboral (fija o no) y su carácter como dependiente o independiente.

9. Cuando se da un estado de insolvencia:

- a. El empresario puede ser declarado en quiebra.
- b. El empresario debe ser declarado en quiebra.
- c. El empresario puede ser declarado en concurso.
- d. El empresario puede ser declarado o puede él mismo declararse en concurso.

10. El concurso del empresario puede ser calificado culpable:

- a. Si no se llevan los libros de contabilidad o se llevan inadecuadamente.
- b. Si no se ha gestionado bien la empresa.
- c. Si no se han cumplido las obligaciones con Seguridad Social y con el Fisco.
- d. El concurso del empresario no puede ser calificado culpable.