



Apuntes Fundamento de Derecho Mercantil Temas 1 y 2

Fundamentos de Derecho Mercantil (Universidad Pontificia Comillas)

Fundamentos de Derecho Mercantil

Índice:

1. Tema 1 Concepto de Derecho Mercantil. El Empresario.
2. Tema 2 La Representación del Empresario. Empresa y Establecimiento Mercantil.
3. Tema 3 Propiedad Industrial (I): Marcas y Otros Signos Distintivos
4. Tema 4 Propiedad Industrial (II): Patentes y Diseños Industriales
5. Tema 5 Derecho de la Competencia (I): El Derecho de Defensa de la Competencia
6. Tema 6 Derecho de la Competencia (II): La Competencia Desleal y la Publicidad Ilícita
7. Tema 7 Derecho de los Título-valor (I):
8. Tema 8 Derecho de los Título-valor (II):
9. Tema 9 Derecho Concursal (I):
10. Tema 10 Derecho Concursal (II):

Tema 1: Concepto de Derecho Mercantil. El Empresario.

1. El Concepto de Derecho Mercantil.

El Derecho Mercantil constituye una disciplina jurídica que regula con carácter especial todas aquellas áreas relacionadas con el empresario y la actividad empresarial, podemos identificar como materias típicamente mercantiles las siguientes: El estatuto jurídico general del empresario (incluye el derecho del empresario persona física, el derecho del Registro Mercantil, el derecho contable y la auditoría, el derecho de la propiedad industrial y el derecho de la competencia), El derecho de sociedades, El derecho del tráfico mercantil (p.ej derecho de los títulos valores), El derecho concursal (insolvencia de personas físicas y jurídicas), y el derecho de la navegación y del comercio marítimo.

La razón de ser del Derecho Mercantil se encuentra en la regulación de las actividades empresariales, las cuales han evolucionado a lo largo de los siglos desde la pura y simple actividad comercial hasta las actividades industriales y de servicios. Dice el art. 2 CCo: “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.” Por tanto el Derecho Mercantil es el derecho de los actos de comercio con independencia de que sean o no empresarios los que los ejecuten, nuestro sistema, es de carácter objetivo en tanto que el Derecho Mercantil se aplicará a los actos de comercio y no a los actos realizados por comerciantes o empresarios. Los actos mercantiles serán aquellos que merezcan tal consideración en atención a la naturaleza jurídica del propio acto o contrato y ello con independencia de la actividad del sujeto que la ejecuta.

Sin embargo, este art. 2 Cco da la categoría de actos mercantiles a todos los comprendidos en el Código y Ley Mercantil, y a todos aquellos otros de naturaleza análoga. Por lo que se determina la mercantilidad de los actos de comercio con base en dos criterios complementarios: la Inclusión (son mercantiles todos los actos mencionados por la Ley Mercantil con carácter general), y la analogía (son actos mercantiles aquellos que son de naturaleza análoga a la Ley mercantil, incluso si no están incluidos expresamente en ella). En general, para atribuir carácter mercantil a un acto o contrato hay que atender a la pertenencia de ese acto o contrato a la serie orgánica de actos y contratos creados y perfeccionados por el empresario. El acto o contrato será mercantil cuando sea realizado como acto de tráfico en el mercado de bienes y servicios, sea una actividad comercial, industrial, o de servicios.

2. Características del Derecho Mercantil Contemporáneo

El Derecho mercantil es un Derecho fuertemente estatalizado, ya codificado, de aplicación objetiva y en el que la Ley es la principal fuente del Derecho. El mismo se aplica fundamentalmente a los comerciantes. El principio universal de autonomía de la voluntad ha permitido la proliferación de convenios internacionales en diferentes asuntos de Derecho Mercantil. Igualmente, adquiere gran trascendencia la creación continuada de nuevas formas societarias y de nuevos instrumentos jurídicos con una vocación permanente hacia el tráfico internacional. A partir de la entrada de España en la UE, hemos ido cediendo soberanía en lo que respecta a la regulación de ciertas materias por parte de las Instituciones europeas, las cuales han establecido de manera uniforme una serie de Reglamentos y Directivas que son de aplicación en todos los Estados Miembros (derecho de sociedades, derecho de competencia...).

Además de la consideración del Derecho Mercantil contemporáneo como globalizado, el mismo destaca por su imperatividad y por el interés en la protección de la parte más débil, sea este el contratante o el consumidor o usuario, siendo el primero protegido por la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y, el segundo, a través del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Por último, se configura como un Derecho del mercado, no obstante el mercado ha evolucionado y hoy en día todos los cambios económicos y sociales han afectado a las normas que lo regulan.

3. Fuentes del Derecho Mercantil

Las fuentes del Derecho Mercantil aparecen jerarquizadas en el citado art. 2 CCo, haciéndose un paralelismo con las fuentes del Derecho contenidas en el art. 1 CC, constituyen fuentes del Derecho Mercantil la Ley, la costumbre y, a falta de ambas reglas, las del Derecho Común o Civil general. Así, la fuente principal del Derecho Mercantil es el propio Código de Comercio y la Ley Mercantil en sentido amplio (producción legislativa competencia exclusiva del Estado como parte de la “Constitución Económica”), además, hay que tener en cuenta la influencia del Derecho de la Unión Europea. Así, desde el momento en que se emite un Reglamento europeo, el mismo resultará aplicable por los Juzgados y Tribunales españoles y las empresas y particulares podrán utilizarlos como base en sus procesos judiciales. Por su parte, las Directivas son actos normativos que no obligan directamente a los Estados miembros, ya que requieren de un proceso de transposición interna de sus fines al OJ interno. Por último, han de resaltarse también las Decisiones (vinculantes para aquellos sujetos a los que se dirigen), Recomendaciones (permiten a las Instituciones europeas dar a conocer sus puntos de vista) y Dictámenes (declaraciones de manera no vinculante por parte de las principales Instituciones de la UE).

La segunda fuente del Derecho Mercantil, que se aplicará en defecto de la Ley, es la costumbre mercantil o los llamados usos de comercio, normas de Derecho objetivo nacidas por la observancia repetida, uniforme y constante de los empresarios en sus negocios para cubrir lagunas o para resolver dudas que surjan de la interpretación de lo pactado. No solo requieren la repetición de actos de forma constante y uniforme, sino también del elemento espiritual, la convicción del sujeto que aplica la costumbre de que esta es una obligación jurídica. Podemos distinguir usos de comercio a nivel territorial y clasificarlos en usos internacionales, nacionales, regionales o locales. También se podría distinguir entre usos normativos (suplen lagunas legales) e interpretativos (ayudan a la interpretación). El problema de la costumbre mercantil es la llamada prueba de uso, que implica que la parte que alega la costumbre debe probarla en tanto que no rige el principio de *iura novit curia*.

Por su parte, la fuente supletoria última del Derecho Mercantil es el Derecho Civil, dado nuestro carácter como sistema dualista en el que el Derecho Privado se divide en un Derecho Civil general y otro especial, el Derecho Mercantil. En este sentido ha de destacarse que en el sistema de fuentes la autonomía de la voluntad juega un papel fundamental en el ámbito de la contratación mercantil, puesto que las reglas contractuales establecidas por las partes en el ámbito del art. 1255 CC serán de aplicación preferente al Derecho Privado general o especial, salvo que se trate de normas imperativas o prohibitivas, las cuales constituyen la excepción en el ámbito mercantil. Por último, resaltar que el esquema de fuentes del Derecho conoce una excepción reseñada en el

art. 50 CCo, que prevé que 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 el CCo o en las leyes especiales, por las reglas generales del Derecho Común.

4, El Empresario: Concepto y Características

El CCo en su art.1 se limita a establecer que: “Son comerciantes para los efectos de este Código: 1.º Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente. 2.º Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código.”. Esta mera enunciación de los sujetos mercantiles no sustituye la necesidad de establecer un concepto claro y actual en la medida en que hoy en día no existe una correspondencia entre comercio y actividad mercantil. En este sentido señala Rojo que es empresario la persona natural o jurídica que ejercita en nombre propio una actividad económica de producción o distribución de bienes o de servicios en el mercado, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad. Sin embargo, ha de señalarse que no todo empresario que actúa en el tráfico jurídico y económico a través de una actividad organizada puede reputarse como mercantil (por ejemplo, pequeños artesanos o agricultores). Asimismo, existen ciertas profesiones liberales que se asemejan a los empresarios o sociedades civiles y que tienen naturaleza civil y objeto no mercantil. De esta forma se puede decir que el profesional liberal que desarrolla su profesión no es empresario, por muchos medios materiales y/o personales que utilice.

La mercantilidad o la aptitud para ser considerado empresario mercantil se puede adquirir por razón de la actividad o de la forma. La mercantilidad por razón de actividad tiene lugar cuando la persona física o jurídica realiza en el mercado una actividad empresarial, debiendo adoptar obligatoriamente una forma mercantil. Por su parte, la mercantilidad por razón de forma consiste en que, por el mero hecho de constituir ciertas formas societarias, el sujeto devendrá empresario mercantil con independencia del objeto social que se adopte (siempre en sociedades de capital de acuerdo al art.2 del LSC). Por otro lado, uno de los elementos más importantes del concepto jurídico del empresario es que este ejercita en nombre propio una actividad mercantil y adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones nacidos de esa actividad. El Derecho Mercantil conoce el ejercicio de la actividad empresarial a través de representantes o delegados en tanto no se exige obligatoriamente un ejercicio directo por parte del empresario mientras este se realice en su nombre.

Por lo que respecta a las características del empresario, las mismas son habitualidad y capacidad. Es empresario la persona que teniendo capacidad para actuar en el tráfico jurídico y económico se dedica habitualmente al ejercicio de una actividad empresarial. Con relación a la habitualidad, se precisa continuidad, estabilidad y duración en el desarrollo de la actividad mercantil para merecer la condición de empresario mercantil. Respecto de la capacidad, esta solo es predicable en cuanto tal en los casos de empresarios individuales (personas físicas), ya que las personas jurídicas tendrán capacidad siempre que se hayan seguido los requisitos legales para su válida constitución. De esta manera, el empresario debe tener capacidad legal para ejercer el comercio o cualquier actividad mercantil en nombre propio. Dice el art. 4CCo: “Tendrán capacidad para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes” Podrá ser empresario individual el sujeto mayor de 18 años con ejercicio autónomo de su capacidad jurídica. el menor de edad emancipado o que haya obtenido el beneficio de la mayoría de edad no puede ser empresario al no tener la libre disposición de sus bienes. No obstante, se contempla como excepción en el art. 5.CCo que “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”. Esta excepción viene motivada por el principio de conservación de empresa y permite la continuidad del negocio aun a pesar de la falta de capacidad de los herederos y debe interpretarse de forma amplia. Por último,

la capacidad para ser empresario puede quedar sujeta a una serie de restricciones, de manera que un sujeto puede tener capacidad para ser empresario, pero tener prohibido el ejercicio de actividad empresarial. Las prohibiciones, que pueden afectar a todos los géneros empresariales o solo a algunos determinados pueden venir dadas por pertenecer al Gobierno o ser un alto cargo de la AGE, así como por formar parte de la carrera judicial o fiscal y permanecer en servicio activo. Con carácter relativo esta prohibido que los socios colectivos desempeñen el mismo género de actividad en que consiste el objeto social de la sociedad colectiva o comanditaria por ser gerente o factor respecto de la actividad del principal. Además, en las sociedades de capital los administradores no podrán desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad, o que le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

5. Clases de Empresarios

5.1. Empresario Individual y Empresario Social (Ley de Sociedades de Capital)

El propio art. 1 CCo contempla esta dicotomía al expresar que pueden ser empresarios los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a el habitualmente (individuales) y las compañías mercantiles o industriales (empresarios sociales). Los empresarios individuales serán todas aquellas personas físicas que siendo mayores de edad y teniendo la libre disposición sobre sus bienes, desarrollen una actividad empresarial con carácter habitual en el marco del derecho a la libre elección de profesión y del derecho a la libertad de empresa (arts. 35 y 38 CE). Los empresarios sociales serán las sociedades mercantiles con constituidas con arreglo a sus legislaciones propias y algunas asociaciones y fundaciones que puedan ejercitar indirectamente y con carácter instrumental alguna actividad mercantil. La elección es completamente libre en atención a las características de la relación de socios, pero para el desarrollo de ciertas actividades se imponen obligatoriamente determinados tipos societarios (SA para actividad bancaria por ejemplo).

La Ley de Sociedades de Capital establece que son Sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones. En la sociedad de responsabilidad limitada, el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales. En la sociedad anónima, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales. En la sociedad comanditaria por acciones, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, uno de los cuales, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo (art.1). Todas las sociedades de capital tendrán carácter mercantil (art. 2).

En caso de sociedades de capital unipersonales, la LSD estipula en su art. 12 que: “Se entiende por sociedad unipersonal de responsabilidad limitada o anónima: a) La constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica. b) La constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones o las acciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales o las acciones que pertenezcan a la sociedad unipersonal.”.

Con respecto a su publicidad, dice el art. 13:”1. La constitución de una sociedad unipersonal, la declaración de tal situación como consecuencia de haber pasado un único socio a ser propietario de todas las participaciones sociales o de todas las acciones, la pérdida de tal situación o el cambio del socio único como consecuencia de haberse transmitido alguna o todas las participaciones o todas las acciones, se harán constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. En la inscripción se expresará necesariamente la identidad del socio único. En tanto subsista la situación de unipersonalidad, la sociedad hará constar expresamente su condición de unipersonal en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, así como en todos los anuncios que haya de publicar por disposición legal o estatutaria.”

Por último, con respecto a los efectos de la unipersonalidad sobrevenida, el art. 14 LSC establece que: “1. Transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. 2. Inscrita la unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad.”

5.2. Empresario Privado y Empresario Público

El empresario privado es toda aquella persona física o jurídica de carácter privado que, reuniendo las condiciones para ser empresario, desarrolla una actividad empresarial determinada. Todos los empresarios individuales son privados, los empresarios sociales dependerán de la titularidad de su capital social, pudiendo ser públicos, privados, o siempre públicos. En este sentido las empresas públicas se servirán en unos casos de entidades pública empresariales, que son entidades de Derecho público con personalidad jurídica, patrimonio y autonomía propia, y en otros casos de estructuras organizativas privadas (Metro de Madrid SA como ejemplo).

Por otro lado, toda Administración pública, sea estatal, autonómica, provincial o local, a través de sociedades públicas o de organismos administrativos, puede acceder al mercado y ser considerada como empresaria, pudiendo a su vez constituir sociedades mercantiles y competir con los empresarios privados con base en el principio de co-iniciativa económica.

5.3. Empresarios por Razón de la Actividad y Empresario por Razón de la Forma.

Por razón de la actividad, merecerán la condición de empresarios mercantiles aquellos empresarios, individuales o sociales, que desarrollen cualquier negocio comercial, industrial o de prestación de servicios, debiendo consecuentemente adoptar una forma mercantil (no están permitidas las sociedades civiles con objeto mercantil).

Por razón de la forma, son aquellos empresarios sociales que independientemente de su objeto social, merezcan la consideración de empresario en atención al tipo social elegido. No todas las formas mercantiles dan la mercantilidad por forma, siendo características a estos efectos las sociedades capitalistas y las sociedades de garantía recíproca. Las sociedades que en función de su forma, devengan empresarias, estarán sujetas a las disposiciones mercantiles y a todas las obligaciones que se derivan de la condición de empresario, siendo indiferente el objeto al que se dediquen.

5.4. Empresario Mercantil y Empresario Civil

El empresario mercantil es la persona natural o jurídica que cumple con los requisitos de la definición y que queda sujeto a las normas del estatuto jurídico del empresario y de todo el Derecho Mercantil. Por su parte, los empresarios civiles son fundamentalmente los profesionales liberales, así como los agricultores y artesanos en los términos del art. 326, apartados 2.º y 3º CCo. Por razón de su actividad no merecen la condición de empresarios mercantiles y no están sujetos al citado estatuto jurídico, aunque si al resto de normas del Derecho Mercantil en atención a su carácter objetivo.

6. El Empresario Individual. Concepto y Capacidad.

El empresario individual es la persona natural que ejercita en nombre propio, por sí o por medio de representante, una actividad empresarial y asume en última instancia los derechos y obligaciones que se deriven de la misma en el tráfico. La persona física que actúa como empresario individual debe reunir los requisitos aludidos, ejercicio autónomo de su capacidad jurídica y dedicarse habitualmente a su actividad empresarial, aunque no tiene por qué ser exclusivamente empresario salvo incompatibilidades. Para tener ejercicio autónomo de su capacidad jurídica la persona física debe ser mayor de edad y tener libre disposición de sus bienes, lo que no incluye a menores emancipados. También deberá realizar la actividad empresarial con estabilidad y de forma continuada. Por otro lado, se ha de señalar que la condición de empresario

individual se adquiere mediante la dedicación profesional o habitual a una actividad empresarial de cualquier clase, sin necesidad de que la misma sea con carácter exclusivo o principal. La adquisición de la condición de empresario individual es siempre originaria, no atribuyéndose la misma a la persona que adquiere por actos inter vivos o mortis causa una empresa. En definitiva, la condición de empresario no es susceptible de transmisión, comienza y termina en un sujeto determinado.

Con respecto a la acreditación o prueba de la condición de empresario, la misma puede acontecer a través de cualquiera de los medios generales admitidos en Derecho. Dice el art. 3 CCo: “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”. La publicidad de la condición de empresario es suficiente presunción de la existencia de empresario, pudiendo aprobarse prueba en contra para destruir aquélla. Además, la persona física puede inscribirse como empresario individual en el Registro Mercantil, si bien tal inscripción no deviene obligatoria en modo alguna. El contenido del Registro se presume exacto y válido por lo que existirá una presunción relativa de que la persona física inscrita como empresario individual lo es, aunque no es necesario ni obligatorio.

En cuanto a la pérdida de la condición de empresario, la misma puede acontecer de forma voluntaria o involuntaria. Si decíamos que la condición de empresario era siempre originaria y comenzaba y terminaba en un sujeto determinado, dicha terminación se podrá producir ante la retirada o cese voluntario en la actividad, o por muerte del empresario.

Por último, a efectos procesales, el domicilio del empresario individual coincidirá con carácter general con el domicilio civil de la persona natural con su residencia habitual. No obstante, si el empresario tiene un centro de operaciones, dicho centro será considerado su domicilio. La LEC prevé que la competencia territorial corresponderá al tribunal del domicilio del demandado y si no lo tuviere en el territorio nacional, el de su residencia en dicho territorio.

7. La Responsabilidad Civil del Empresario

Todo empresario está sujeto al principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1911 CC y por ello, habrá de responder con todos sus bienes, presentes y futuros del, del cumplimiento de las obligaciones. La responsabilidad patrimonial universal se traduce en que el empresario individual responde con la totalidad de su patrimonio personal, civil y mercantil, no quedando dicha responsabilidad limitada a los bienes y derechos afectos a la actividad económica en tanto no se permite la limitación patrimonial a estos efectos. Por su parte, las personas jurídicas habrán de hacer frente a sus obligaciones, igualmente, con todo su patrimonio presente y futuro distinguiéndose a estos efectos la responsabilidad de las personas físicas o jurídicas que se encuentren detrás del empresario.

Se puede establecer una división de las sociedades mercantiles en 2 grupos: las sociedades personalistas y las capitalistas. Las sociedades personalistas se dividen a su vez en sociedades colectivas y comanditarias simples y constituyen ejemplos en los que a la responsabilidad de la propia sociedad como empresario persona jurídica se añade la responsabilidad de todos o algunos socios. En la sociedad colectiva, todos los socios van a responder de forma personal, ilimitada, solidaria y subsidiaria de las deudas de la sociedad (arts. 127 y 237 CCo). Por su parte, la sociedad comanditaria simple conoce dos tipos de socios: los socios colectivos y los socios comanditarios. Los primeros, responden como ocurre con la sociedad colectiva (arts. 127 y 148 CCo). De esta forma, todos los socios de la sociedad colectiva y los socios colectivos de la sociedad comanditaria simple responderán de las deudas sociales una vez se haya agotado el patrimonio de la persona jurídica empresaria, toda vez que la responsabilidad de los socios, es ante todo subsidiaria.

Por otro lado, las sociedades capitalistas (SA y SRL principalmente) se caracterizan por el beneficio de la limitación de responsabilidad de sus socios, los cuales no responderán

personalmente de las deudas sociales (art. 1 LSC). La separación de patrimonios, el social y el de los socios, es absoluta y total y constituye un principio configurador de estos tipos de sociedades. Así, los acreedores de una sociedad de capital podrán dirigirse exclusivamente contra los activos sociales y, en caso de falta de fondos, las mismas no serán cobradas al no poder dirigirse sus acreedores contra los patrimonios individuales de los socios. Es decir, el principio de responsabilidad patrimonial es universal en relación con el estricto patrimonio societario, el de la persona jurídica. Sin embargo, existen ciertos casos en los que los socios de una sociedad de capital podrían llegar a responder con su patrimonio de las obligaciones sociales. Así, en los casos de situación de unipersonalidad no inscrita en el Registro Mercantil, el socio responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el periodo de unipersonalidad. Igualmente, cuando la sociedad devenga irregular por haber transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción en el Registro Mercantil (normas de Sociedad Colectiva). Además, los administradores pueden llegar a responder de los daños causados a la sociedad por el incumplimiento de los deberes legales y, en concreto de las deudas sociales posteriores al acaecimiento de una causa de disolución por no tomar las medidas oportunas; y los socios pueden responder ante la frustración de un acuerdo de refinanciación.

La responsabilidad patrimonial universal del empresario deudor finaliza con la extinción de la obligación por cumplimiento o por cualquier otra forma que produzca el efecto liberatorio, (compensación, condonación, prescripción o novación). Para minimizar su responsabilidad patrimonial se puede constituir en Emprendedor de Responsabilidad Limitada y así obtener que su responsabilidad y la acción del acreedor, que tenga origen en las deudas empresariales o profesionales no alcance a su vivienda habitual siempre que su valor no supere los 300.000€. también se puede constituir como SA o SRL, que podrá ser unipersonal. También se responde de los incumplimientos causados por los representantes del empresario de manera directa y no subsidiaria, pudiendo repetir contra estos.

La responsabilidad contractual del empresario surgirá por el incumplimiento total del contrato, el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío del mismo, derivándose consecuencias jurídicas del caso concreto. Además, será necesario que la responsabilidad se haya debido a una actuación u omisión dolosa o con culpa del empresario infractor del que derivará un daño resarcible (siendo excepciones a esto los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor). El cumplimiento tardío de un contrato mercantil que tenga día señalado para su cumplimiento produce mora desde el día siguiente al vencimiento del término. En segundo lugar, en las operaciones comerciales entre empresario, el incumplimiento del pago en plazo devenga el interés de demora pactado previamente y en su defecto se pagará un interés reforzado consistente en la suma del tipo de interés aplicado por el BCE a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural que se trate más 8 puntos porcentuales. Por último, si la mora en el pago es debida a culpa del deudor, el acreedor tiene derecho a reclamar indemnización por los costes de cobro que haya sufrido a causa de esa mora.

El art. 1902 CC establece que toda persona está obligada a reparar el daño causado por culpa y negligencia. Se contempla así el principio de responsabilidad por culpa, un sistema que se ha ido progresivamente objetivando por parte de la jurisprudencia, que ha establecido que la persona que se lucra con una cierta actividad empresarial (el empresario) el que habrá de indemnizar los daños que puedan sufrir los terceros, conformándose así la teoría del riesgo, que enuncia que la personas que genera el riesgo corre con la obligación de indemnizar. En este sentido, en el supuesto de los riesgos del proceso de producción industrial, contempla el art. 1908 CC que el empresario industrial, propietario de las fábricas y de las maquinas, responderá de los daños causados por culpa, salvo el caso de los humos excesivos, en los que la responsabilidad es objetiva. Por su parte, el empresario industrial fabricante de productos está sometido a un régimen especial de responsabilidad establecido en la LGDCU. Dicho régimen se aplica a los productores por los daños causados por los defectos de los productos que respectivamente fabriquen o importen. En todo caso un producto será defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares y el fabricante responderá por los daños causados y el defecto

en sí, salvo que pueda demostrar no haber puesto en circulación el producto o que no existía cuando se puso, aunque deberá anunciar los defectos y retirar los objetos del uso o consumo.

La responsabilidad del empresario casado tenía regulación propia en el CCo pero ha sido derogada en su última reforma, ya que el legislador consideraba que el acreedor del empresario tenía privilegios injustos de manera que se deberá aplicar el régimen del CC, que estipula que cada cónyuge responde con sus bienes y los bienes gananciales son supletorios en caso de acción directa contra estos (art. 1373 CC). Tras la disolución a que se refiere el artículo anterior se aplicará el régimen de separación de bienes, salvo que, en el plazo de tres meses, el cónyuge del deudor opte en documento público por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales. (art. 1374). Por último, El art. 1365 establece que: “los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge: 1.º En el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales, que por ley o por capítulos le corresponda. 2.º En el ejercicio de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes.”

8. El Registro Mercantil

El Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de una serie de hechos y actos realizados por los empresario individuales y las sociedades mercantiles que tienen gran trascendencia en el tráfico jurídico y económico, razón por la que el ordenamiento jurídico impone un sistema de publicidad legal a través de las inscripciones practicadas en los registros públicos. Concretamente, el objeto del Registro Mercantil está constituido por 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 el Reglamento del Registro Mercantil; la legalización de los libros de los empresarios, el nombramiento de auditores de cuentas y el deposito y publicidad de los documentos contables; la centralización y publicación de la información registral y la información de resoluciones concursales. Por tanto, el Registro Mercantil es una institución esencialmente dirigida a los terceros, actuando como un instrumento técnico al servicio de la publicidad legal, que pretende que los datos inscritos en el Registro Mercantil puedan ser conocidos por terceros y crear la presunción de que los datos son conocidos por los terceros.

El art. 81 del Reglamento del Registro Mercantil establece que: “Será obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de los siguientes sujetos: a) El naviero empresario individual. b) Las sociedades mercantiles c) Las sociedades de garantía recíproca. d) Las cooperativas de crédito, las mutuas y cooperativas de seguros y las mutualidades de previsión social. e) Las sociedades de inversión colectiva. f) Las agrupaciones de interés económico. g) Las cajas de ahorro. h) Los fondos de inversión. i) Los fondos de pensiones. j) Las sucursales de cualquiera de los sujetos anteriormente indicados. k) Las sucursales de sociedades extranjeras y de otras entidades extranjeras con personalidad jurídica y fin lucrativo. l) Las sociedades extranjeras que trasladen su domicilio a territorio español. m) Las demás personas o entidades que establezcan las Leyes.” En cuanto a los actos inscribibles, el art. 87 RRM establece con respecto de los empresarios individuales, que serán inscribibles:

“1.º La identificación del empresario y su empresa, que necesariamente será la inscripción primera. 2.º Los poderes generales, así como su modificación, revocación y sustitución. No será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos o de los concedidos para la realización de actos concretos. 3.º La apertura, cierre y demás actos y circunstancias relativos a las sucursales, en los términos prevenidos en los artículos 295 y siguientes. 4.º Las declaraciones judiciales que modifiquen la capacidad del empresario individual. 5.º El nombramiento para suplir, por causa de incapacidad o incompatibilidad, a quien ostente la guarda o representación legal del empresario individual, si su mención no figurase en la inscripción primera del mismo. 6.º 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 incapacitación del empresario individual, cuando no se hubiesen hecho constar en la inscripción primera del mismo. 7.º Las resoluciones judiciales inscribibles relativas al concurso, voluntario o necesario, principal

o acumulado, del empresario individual. 8.º En general, los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos practicados o cuya inscripción prevean las leyes o el presente Reglamento.” Por su parte en el caso de las sociedades mercantiles, determina el art. 94 RRM que serán inscribibles con carácter obligatorio:

“1. En la hoja abierta a cada sociedad se inscribirán obligatoriamente: 1.º La constitución de la sociedad, que necesariamente será la inscripción primera. 2.º La modificación del contrato y de los estatutos sociales, así como los aumentos y las reducciones del capital. 3.º La prórroga del plazo de duración. 4.º El nombramiento y cese de administradores, liquidadores y auditores. Asimismo habrá de inscribirse el nombramiento y cese de los secretarios y vicesecretarios de los órganos colegiados de administración, aunque no fueren miembros del mismo. La inscripción comprenderá tanto los miembros titulares como, en su caso, los suplentes. 5.º Los poderes generales y las delegaciones de facultades, así como su modificación, revocación y sustitución. No será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos o de los concedidos para la realización de actos concretos. 6.º La apertura, cierre y demás actos y circunstancias relativos a las sucursales en los términos previstos en los artículos 295 y siguientes. 7.º La transformación, fusión, escisión, rescisión parcial, disolución y liquidación de la sociedad. 8.º La designación de la entidad encargada de la llevanza del registro contable en el caso de que los valores se hallen representados por medio de anotaciones en cuenta. 9.º Las resoluciones judiciales inscribibles relativas al concurso, voluntario o necesario, principal o acumulado, de la sociedad y las medidas administrativas de intervención. 10.º Las resoluciones judiciales o administrativas, en los términos establecidos en las Leyes y en este Reglamento. 11.º Los acuerdos de implicación de los trabajadores en una sociedad anónima europea, así como sus modificaciones posteriores, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 de este Reglamento. 12.º El sometimiento a supervisión de una autoridad de vigilancia. 13.º En general, los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos practicados o cuya inscripción prevean las leyes o el presente Reglamento. 2. En dicha hoja se inscribirán también obligatoriamente la emisión de obligaciones u otros valores negociables, agrupados en emisiones, realizadas por sociedades anónimas o entidades autorizadas para ello, y los demás actos y circunstancias relativos a los mismos cuya inscripción esté legalmente establecida. 3. Será igualmente obligatoria la inscripción de la admisión y exclusión de cualquier clase de valores a negociación en un mercado secundario oficial.” Los títulos inscribibles dependerán del acto que se inscriba y ello en virtud de lo previsto ex art. 95 RRM.

Tema 2: La representación del empresario. Empresa y establecimiento mercantil

1. La Representación Voluntaria en el Derecho Mercantil

La representación adquiere gran trascendencia en el ámbito del Derecho Mercantil en la medida en que la mayoría de las relaciones jurídicas no se establecen directamente con el empresario sino con sus representantes. En atención a la fuente de la representación se puede distinguir, por un lado, la representación voluntaria y, por otro, la representación legal. La primera presenta una gran relevancia práctica y parte de que el empresario puede legitimar mediante el correspondiente poder a la persona designada como representante. Por el contrario, la representación legal es la prevista ex lege en atención a una reacción del OJ para imponer una representación en el ámbito de los menores de edad. Además, en el Derecho Mercantil juega un papel capital la denominada representación orgánica de las personas jurídicas, que necesitan órganos que las representen en el tráfico y ejecuten determinadas decisiones. Dichos órganos constituyen estructuras más o menos complejas cuya forma digiere en función del tipo societario ante el que nos encontremos. El órgano que representa paradigmáticamente la representación orgánica es el órgano de administración de las sociedades de capital. Tanto las SA como las SL han de nombrar a unos administradores para gestionar y dirigir la sociedad y representarla en el tráfico jurídico. El órgano de administración puede adoptar diversas formas: administrador único, solidarios, mancomunados y consejo de administración. En función de la forma prevista en los estatutos, la representación se realizará de una u otra manera.

En el caso de la representación voluntaria, el empresario actúa normalmente a través de sus representantes y en pocas ocasiones concluye por sí mismo operaciones del tráfico jurídico mercantil. Es el empresario quien voluntariamente y a través del apoderamiento elige a quienes colaborarán con él para desempeñar y entablar relaciones jurídicas en su nombre y entablar relaciones jurídicas en su nombre. A través de un poder se inviste y legitima a otra persona o personas para que actúe representándole. El empresario individual puede realizar o llevar a cabo su actividad empresarial de un modo directo y único, o a través del concurso de otras personas que colaboran con él, y en estos casos, dichos colaboradores no se integrarán en su estructura empresarial o lo harán bajo un vínculo jurídico de dependencia y permanencia en aras a la realización de los fines empresariales. El acto por el que el empresario individual o social emite un poder se denomina apoderamiento, y en su virtud se confiere a otra persona ciertas facultades de representación sin que ello determine la existencia de una relación laboral. Aquí radica la llamada especialidad legislativa en el Derecho Mercantil en materia de representación voluntaria: la apariencia creada por estos sujetos en el tráfico jurídico y económico hace que se presuma que tienen el poder necesario para el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas. Ahora bien, esta especialidad del apoderamiento tácito de los trabajadores que están en relación con terceros no se formula en el Derecho Mercantil en genérico sino de manera específica para cada uno de los auxiliares del empresario. Cabe distinguir en función del poder de representación las siguientes categorías: apoderado general o factor, dependiente y mancebo.

2. El Apoderado General o Factor

Normalmente, el factor está al frente de un establecimiento secundario para realizar en nombre y por cuenta del empresario principal el giro y tráfico propio de dicho establecimiento y así administrar y dirigir el mismo. El factor puede estar al frente de un establecimiento principal o secundario o no, toda vez que merecen igualmente la calificación de factores los directores generales o gerentes en tanto los mismos ostentarán poderes generales en una empresa con independencia de encontrarse estrictamente al frente de una oficina. Lo importante para ser considerado factor es disfrutar de poderes generales en todo caso y, de no tenerlo, estar al frente de la empresa o de uno o varios establecimientos. Un empresario individual o social puede tener uno o varios factores y los mismos pueden ser independientes entre sí, o bien estar sometidos jerárquicamente los unos a los otros. El art. 282 CCo establece que el factor deberá tener la capacidad necesaria para obligarse y poder de la persona por cuya cuenta haga el tráfico, es decir, un elemento interno consistente en la capacidad, y otro externo, el poder de representación conferido con un contenido determinado.

La actuación de los factores se ve concretada en una serie de deberes relacionados con el especial ámbito de sus funciones. El deber principal de un factor es desempeñar las funciones encomendadas por el empresario con la diligencia de un ordenado empresario, toda vez que está previsto que los factores serán responsables frente a sus principales de cualquier perjuicio que causen a sus intereses por haber procedido en el desempeño de sus funciones con malicia, negligencia o infracción de las ordenes o instrucciones recibidas. En el ámbito mercantil, el factor no puede delegar sus funciones o el encargo recibido en otra persona sin la previa autorización del empresario, toda vez que el cumplimiento ha de ser personal y, en caso de hacerlo sin dicho consentimiento, responderá el factor directamente de las gestiones de los substitutos y de las obligaciones contraídas por estos. Por otro lado, el factor está obligado a manifestar o expresar en todo documento contractual que suscribe en concepto de factor, expresando el nombre de la persona/sociedad que representa, así como que actúa con poder (*contemplatio domini*). Muy relacionado con el deber anterior se encuentra la prohibición de concurrencia con el principal, es decir, que el factor no podrá aprovecharse de oportunidades que correspondan al empresario. No podrá por tanto realizar para sí u otro empresario actividades económicas de idéntico género que la que ya realiza por cuenta e interés del empresario principal bajo pena de dar sus beneficios al empresario principal y soportar las pérdidas por el abuso de los límites a sus facultades.

Para que el apoderado merezca la condición de factor, el mismo debe ostentar un poder general, lo que implica que dicho poder esté concebido en términos generales o contenga una

enumeración de facultades de tal suerte que se pueda dirigir la empresa. El poder será conferido por el empresario de forma expresa o tácita ex facta concludentia, cuando el empresario sitúa al frente de su empresa o establecimiento a una persona capaz de representarle en el tráfico, contrayendo derechos y asumiendo obligaciones por cuenta de aquel. La forma expresa o tácita del poder será determinante en relación con su eficacia. Aunque lo normal es que los poderes de representación se otorguen de forma expresa, por escrito y en escritura pública, los mismos podrán o no ser inscritos en el Registro Mercantil. Para que los poderes puedan inscribirse antes es necesario que el empresario esté inscrito.

Con respecto al ámbito del poder de representación, este se circunscribe al giro y tráfico del establecimiento, a las “cosas concernientes a un establecimiento (art.283 Cco)”, por lo que habrá que identificarse el objeto empresarial y concretarse en el establecimiento determinado al frente del cual se encuentre el factor. Si se excede del tráfico del establecimiento y no está siguiendo las instrucciones del principal, el principal no resultará vinculado por las obligaciones asumidas en su nombre por el factor más allá de su ámbito de representación, obligándose este a título individual. El poder del factor, aunque general, puede quedar sujeto a limitaciones, que se reconocen en el propio poder y pueden ser establecidos/modificados por el empresario con posterioridad al apoderamiento, estas limitaciones solo resultarán oponibles frente a 3os de buena fe si constan en el Registro Mercantil.

Existe el caso del factor notorio; con nombramiento tácito, en este supuesto, una persona proyecta una determinada apariencia frente al mercado que trae como resultado que ante la falta de oposición del empresario por su actuación notoria, los actos y contratos cerrados por dicho factor obliguen al empresario por cuya cuenta se hacen, siendo el ámbito de la representación notoria desplegada la de todo el giro y tráfico del establecimiento. Su efecto es el mismo a la del factor con poder no inscrito; la razón de dicho efecto estriba en la necesaria protección de los terceros de buena fe en tanto al no conocer las facultades conferidas al factor, los mismos pueden cabalmente entender que las mismas se circunscriben al giro y tráfico del negocio.

Con respecto a los efectos de la representación, los mismos coinciden en Derecho Mercantil y Derecho Civil, toda vez que el factor que actúa por cuenta del empresario y en su nombre producirá la vinculación de los terceros con el propio empresario, que será quien asuma la titularidad última de los derechos y obligaciones que nazcan de los actos realizados por su factor en el ámbito de su representación (eficacia directa). Prevé el art. 285 CCo que: “Contratando los factores en los términos que previene el artículo precedente, recaerán sobre los comitentes todas las obligaciones que contrajeran. Cualquiera reclamación para compelerlos a su cumplimiento se hará efectiva en los bienes del principal, establecimiento o empresa, y no en los del factor, a menos que estén confundidos con aquéllos.” Cuando el factor contrate en nombre propio, se obligará el mismo personalmente con el tercero con el que hubiese contratado, no quedando el empresario vinculado en modo alguno (eficacia indirecta). El empresario no tendrá acción contra los terceros ni estos contra el empresario, toda vez que el factor ha actuado propio nombre y ha vinculado su patrimonio; aunque si la tiene contra el factor para exigirle que realice todos los actos necesarios a fin de que los efectos de la actuación representativa repercutan definitivamente en el propio empresario. Esta regla no se aplica al caso del factor notorio, cuyos actos se entenderán hechos por cuenta del empresario. Por último, todo factor perderá tal condición cuando el mismo renuncie voluntariamente, así como cuando el empresario revoque el poder de representación o se proceda a la venta del establecimiento al frente del cual está el factor. También en los casos de muerte del factor, pero no del empresario para asegurar la viabilidad y continuidad de la empresa.

3. Los Apoderados Singulares

Los apoderados singulares asumen concretas funciones que el empresario le encomienda en una o varias ramas concretas del giro o tráfico. Sus límites, así como sus limitaciones son claras, lo que no impide la permanencia de su puesto o apoderamiento. Actúan por nombre y cuenta del empresario que les confirió el cometido. Su poder no necesariamente tiene que estar inscrito en el Registro Mercantil dado que su carácter es potestativo, pudiendo ser verbal o escrito.

El art. 292 CCo menciona al respecto: “Los comerciantes podrán encomendar a otras personas, además de los factores, el desempeño constante, en su nombre y por su cuenta, de alguna o algunas gestiones propias del tráfico a que se dediquen, en virtud de pacto escrito o verbal; consignándolo en sus reglamentos las compañías y comunicándolo los particulares por avisos públicos o por medio de circulares a sus corresponsales. Los actos de estos dependientes o mandatarios singulares no obligarán a su principal sino en las operaciones propias del ramo que determinadamente les estuviere encomendado.”

Finalmente, otra categoría más residual de colaboradores o auxiliares del empresario es la de los mancebos, que son los empleados autorizados para regir una operación mercantil, o alguna parte del giro y tráfico de la empresa. Se les aplica el régimen de los dependientes auxiliares del art. 293 CCo. El mancebo está autorizado para vender en nombre de su principal, para cobrar, para expedir recibos. El mancebo podrá vender en los almacenes al por mayor, siempre que las ventas fueren al contado y el pago se verifique en el mismo almacén. Cuando las cobranzas se hubieren de hacer fuera del almacén o se aplacen, los recibos se firmarán obligatoriamente por el principal o en su caso por el factor o no por apoderado legítimamente constituido para cobrar. El mancebo no está autorizado ni tiene capacidad para vender al fiado, así como para cobrar los plazos de las compraventas perfeccionadas a crédito. Puede también recepcionar las mercancías que se destinen al empresario.

4. La Empresa o Establecimiento Mercantil. Consideraciones Generales. Clases

El empresario es el sujeto de la actividad empresarial que por si o por medio de representantes, ejercita en nombre propio una actividad económica de producción o de distribución de bienes o de servicios en el mercado, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad. El empresario realiza su actividad empresarial a través de una empresa, de la que es propietario. La empresa es un conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales organizado para operar en un mercado de producción de bienes o de servicios, de comercialización, o de prestación de servicios. La clave reside en la organización de dichos elementos para formar un todo dinámico que va cambiando a lo largo de la vida de la empresa. No es sujeto de derechos ni de obligaciones, pues no tiene personalidad jurídica; el sujeto es el empresario, que si la tiene, además de ser el titular de su empresa incluso cuando no le pertenezcan en propiedad todos los elementos materiales que la compongan.

En sentido objetivo, establecimiento mercantil equivale a empresa solo cuando exista un establecimiento. En caso de que existan varios la empresa sería el conjunto de todos ellos y cada establecimiento será una unidad productiva o de comercialización. Cada establecimiento es un conjunto de elementos organizado por el empresario y que la empresa sería la agrupación de dichos conjuntos de elementos perfectamente coordinados entre si por la mano del empresario para ejercitar su actividad empresarial. El local será un elemento más que formará parte del establecimiento mercantil, aunque no se requiere la presencia de un local fijo para la existencia de una auténtica actividad mercantil.

Podemos clasificar los establecimientos mercantiles o empresas en atención a diferentes criterios: 1. Por razón del objeto podemos identificar los establecimientos comerciales, industriales y de servicios.

2. Por el carácter del establecimiento se puede distinguir entre establecimiento principal y secundario, clasificación que solo tiene sentido en los casos en los que el empresario ejercite su actividad en varios establecimientos. El principal será normalmente el original, y los secundarios o sucursales serán expansiones del negocio hacia otras zonas o territorios que no tienen personalidad jurídica independiente del empresario y cuentan con una representación permanente, normalmente a cargo de un apoderado general o factor, por lo que presentan cierta autonomía de gestión y a través de ellas se realizan total o parcialmente las actividades del empresario. La sucursal es diferente de la filial, que es una persona jurídica independiente respecto de la sociedad mercantil matriz de un grupo de sociedades, pero en la que la mayor parte del capital o de los derechos de voto son controlados por dicha matriz. En rigor, un empresario individual puede tener

sucursales, pero nunca filiales, aunque podría tener el capital de varias sociedades mercantiles, unipersonales o no.

Por el régimen económico matrimonial: En el caso de empresario individual casado en régimen de sociedad de gananciales, el establecimiento podrá ser privativo; ganancial; o pertenecer pro-indiviso a la sociedad de gananciales y a uno de los cónyuges.

5. Los Elementos de la Empresa

Cada tipo de negocio entrañará la utilización de bienes diferentes (muebles, inmuebles e inmateriales). A efectos del CCo, mercancía es tanto el bien que el empresario compra para revenderlo en el mismo estado como el bien que se compra para fabricar o producir otros distintos después de introducirlo en un proceso productivo. Los bienes propiedad del empresario no han de considerarse automáticamente como bienes del establecimiento, toda vez que los mismos podrán no estar afectos a la actividad empresarial; también existirán bienes de propiedad ajena cuyo uso corresponda al empresario en el marco de su actividad. El destino funcional de un bien es lo que determina la pertenencia o no del mismo al establecimiento y ello con independencia del título jurídico por el que dicho bien se integre en la empresa. La integración habrá de hacerse necesariamente caso por caso.

Los elementos de la empresa constituyen un todo organizado o unidad funcional que goza de protección legal y que se rigen por dos principios básicos. En primer lugar, el principio de autonomía, que considera que los elementos integrados en el establecimiento no pierden por el hecho de su integración, la sustantividad propia ni su régimen jurídico. Por otro lado, el principio de mutabilidad, que contempla que la empresa es algo vivo y que, por ello, los distintos elementos que la forman pueden ser separados por voluntad del empresario para ser sustituidos por otros o no. En efecto, los bienes son autónomos y completamente sustituibles, no perdiendo su sustancia propia por pasar a formar parte de una empresa y debiendo ser repuestos, reformados o sustituidos cuando el empresario así lo decida.

Junto a todos los tipos de bienes existe uno de carácter inmaterial de gran importancia, el fondo de comercio. Se trata de un elemento inmaterial que viene a reflejar el valor de la organización de los distintos elementos que conforman la empresa y que puede depender de valores objetivos y subjetivos. Son factores que conforman el fondo de comercio, entre otros, el buen crédito y prestigio, la clientela, cuando es fija y creciente y existe demanda de los productos o servicios de la empresa y las expectativas de ganancias. Influyen en ese mayor valor de la empresa las economías de escala que se pueden tener en la producción, el contar con una plantilla de trabajadores motivada y experimentada, la marca, las condiciones especiales con proveedores. El fondo de comercio aflora cuando se produce la transmisión de un negocio a título oneroso, de manera que el adquirente no solo tendrá que pagar la suma de los valores de los elementos empresariales sino un plus adicional valorable económicamente. En este caso el adquirente reflejará en el activo de su balance el valor del patrimonio empresarial adquirido, y la diferencia entre dicho valor y la contraprestación satisfecha por la empresa, el fondo de comercio.

Tradicionalmente, el local del negocio ha constituido el elemento principal del establecimiento mercantil en tanto base física desde la que el empresario gestionaba y ejecutaba la actividad empresarial. Si bien los locales del negocio siguen teniendo gran relevancia en ciertos sectores, han aflorado nuevas formas de negocio que no requieren de un lugar físico abierto al público. Dichos locales pueden ser propiedad de un empresario o, por el contrario de un tercero, siendo un elemento más de la empresa al ostentar el empresario la posesión de dicho local a través del arrendamiento. En este sentido, la LAU regula el arrendamiento para uso distinto al de vivienda, encajando el arrendamiento del local de negocio en esta categoría. Si bien en este ámbito rige el principio de autonomía de la voluntad con arreglo al que las partes puedan establecer en el contrato las cláusulas que estimen por conveniente, la LAU contempla dos exigencias mínimas y un régimen legal supletorio. Como exigencias legales, se contempla la obligatoriedad de la prestación de una fianza en metálico en cantidad equivalente a dos mensualidades y, por otro, la facultad de las partes para compelerse recíprocamente para la formalización por escrito del

contrato de arrendamiento. Más allá de estas normas arrendador y arrendatario podrán pactar lo que estimen oportuno siempre que se respeten los límites del art. 1255.

No obstante, se contiene en la Ley un régimen supletorio para lo no dispuesto en el contrato. El art. 31 LAU confiere al arrendatario empresario del local de negocio un derecho de adquisición preferente en caso de venta del inmueble, debiendo ejercitarlo en la forma dispuesta en el art. 25 LAU y siempre que no se haya excluido dicho derecho en el propio contrato. Si el arrendatario no quisiera hacer uso de su derecho preferente, que se materializa en los correspondientes derechos de tanteo y retracto, el nuevo propietario del local quedaría subrogado en la posición de arrendador; no extinguiéndose el contrato de arrendamiento salvo pacto expreso entre el nuevo arrendador y el arrendatario. En segundo lugar, el art. 32 LAU confiere al arrendatario el derecho de subarrendar el local de negocio o de ceder el contrato sin contar con la autorización del arrendador, salvo pacto en contrario o litación expresa de dichas facultades en el contrato. El arrendador no tendrá que prestar su autorización, si bien deberá notificársele la circunstancia del subarriendo o cesión en el plazo de 1 mes desde que se hubiera concertado y tendrá derecho a una elevación de la renta del 10% en el caso de un subarriendo parcial y del 20% en el caso del subarriendo total. Además, se prevé que no se reputará cesión el cambio producido en la persona del arrendatario por consecuencia de la fusión, transformación o escisión de la sociedad arrendataria, teniendo derecho el arrendador a la elevación de la renta.

Por otro lado, se contempla que en caso de fallecimiento del arrendatario empresario individual, podrá su heredero subrogarse en su posición hasta la extinción del contrato, que continuará en vigor incluso a pesar de la declaración judicial del concurso de acreedores del arrendatario. Por último, el art. 34 LAU regula la llamada indemnización por clientela, la cual consiste en la compensación reconocida legalmente al empresario arrendatario de un local de negocio por el incremento del valor del local en el que se ha desarrollado la actividad empresarial. Salvo pacto en contrario, el arrendatario podrá exigir al arrendador el pago de una indemnización por el prestigio que el local de negocio ha adquirido como consecuencia de haber desempeñado una actividad empresarial abierta al público. Para que tal indemnización pueda producirse, se necesita que el contrato se haya extinguido por el transcurso normal del término previsto en el contrato y que recaiga sobre un local en el que durante los últimos 5 años se haya venido ejerciendo una actividad comercial de venta al público. El arrendatario deberá haber manifestado con 4 meses de antelación a la expiración del plazo su voluntad de renovar el contrato por un mínimo de 5 años más y por una renta de mercado. En ese supuesto, siempre que la indemnización no se haya excluido contractualmente, tendrá el arrendatario dicho derecho, calculándose la cuantía de la siguiente forma:

1. Si el arrendatario iniciara en el mismo municipio, dentro de los 6 meses siguientes a la expiración del arrendamiento, el ejercicio de la misma actividad a la que viniera estando dedicado, la indemnización comprenderá los gastos del traslado y los perjuicios derivados de la pérdida de clientela ocurrida con respecto a la que tuviera en el local anterior, calculada con respecto a la habida durante los 6 primeros meses de la nueva actividad. 2. Si el arrendatario iniciara dentro de los 6 meses siguientes a la extinción del arrendamiento una actividad diferente o no iniciara actividad alguna, y el arrendador o un tercero desarrollan en la finca dentro del mismo plazo la misma actividad o una afín a la desarrollada por el arrendatario, la indemnización será de una mensualidad por año de duración del contrato, con un máximo de 18 mensualidades. A estos efectos, se considerarán afines las actividades típicamente aptas para beneficiarse, aunque solo en parte de la clientela captada por la actividad que ejerció el arrendatario.

6. Los Negocios Jurídicos Sobre la Empresa

La transmisión de una empresa no deja de ser una operación compleja en la que a la unidad del título de transmisión le seguirán una pluralidad de modos en atención a la naturaleza de cada uno de los elementos integrantes. En efecto, el art. 609 CC establece el sistema de título y traditio en la adquisición de la propiedad, razón por la que el adquirente de una empresa consumará la operación a través de un único contrato (unidad de título) y de tantas traditios como elementos se compren (pluralidad de modo). Las formas de transmisión son muchas y muy

variadas en atención a diferentes criterios. Podemos hablar de transmisiones directas o indirectas, en atención a que se transmitan todos los elementos de la empresa directamente o lo que se compren sean las acciones o participaciones en que se divide el capital social de la sociedad mercantil propietaria de la empresa (en la transmisión directa se produce un cambio de titularidad en sentido estricto, no así en la transmisión indirecta). Asimismo, podemos distinguir por actos inter vivos y mortis causa. Los primeros ofrecen una tipología más diferente, puesto que cabría la compraventa de empresa o su donación; que son procedimientos de transmisión voluntaria a título oneroso y gratuito, las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (fusión, escisión y segregación) en las que tiene lugar una transmisión de empresas o de unidades de negocio concretas por sucesión universal, y las transmisiones forzosas a causa de procedimiento de ejecución o concurso de acreedores. Con respecto a las transmisiones mortis causa, las mismas podrían acontecer a través de herencia o legado, debiendo los sucesores desarrollar con habitualidad la actividad empresarial para ser considerados empresarios.

La transmisión también puede ser de deudas y derechos. Con relación a las deudas, hemos de indicar que la transmisión de la empresa no supone la asunción de las deudas del transmitente y adquirente sino, también, el consentimiento del acreedor, el cual debe conocer la identidad y capacidad de pago que entraña su deudor. A pesar de esta regla existen casos de responsabilidad solidaria ex lege entre adquirente y transmitente frente a Hacienda, SS, trabajadores y entidades aseguradoras. Con respecto a los derechos que surgen de los contratos, los mismos presentan una relevancia capital en relación con ciertos sectores, toda vez que el valor de la empresa dependerá del valor de los contratos que tenga suscrito el empresario. El adquirente de la empresa no se subrogará en la posición contractual que ocupa el transmitente de forma automática, sino que habrá de recabarse el consentimiento expreso del adquirente y transmitente, y también de las contrapartes en los contratos en vigor existentes con el transmitente. Sin embargo, existen ciertas excepciones en esta materia. La primera, la cesión del contrato de arrendamiento del local de negocio, el cual es posible sin necesidad de que el acreedor preste su consentimiento. La segunda, la subrogación legal existente en los contratos de trabajo y en ciertos contratos de seguro. Respecto de los primeros el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores señala: “El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.” En el ámbito de los seguros, los arts. 34 y 35 de la Ley de Contrato de Seguro contemplan que el adquirente se subrogará en los derechos y obligaciones que correspondían al anterior titular en el contrato de seguro contra daños que pudieran existir sobre el establecimiento o sobre cualquiera de los elementos de que se compone y que hubieran sido objeto de transmisión.

En los casos de compra del capital social de las sociedades mercantiles se encuadran las llamadas cláusulas de cambio de control, las cuáles pretenden dar cobertura a esta situación específica, de modo que en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes se activa bien un supuesto específico de resolución (condición resolutoria expresa), o bien la necesidad de prestarse un consentimiento expreso por parte de la contraparte aun cuando no exista cesión contractual alguna. Este tipo de cláusulas son frecuentes en contratos complejos y de gran valor, marcados por un fuerte intuitu personae, y permiten a las partes que lo suscriben tratar un cambio de control accionarial como un supuesto de cesión contractual, sin que exista ninguna duda al respecto. Por último, la transmisión del establecimiento no implica transmisión alguna de los créditos que son titularidad del transmitente. No hay cesión de créditos ni subrogación en la posición de acreedor por parte del adquirente salvo pacto expresado. Sin embargo, si la cesión de crédito se pactase, no se requeriría notificación alguna al deudor para que la misma se tuviera por realizada. Sin embargo, en esos casos, el pago realizado por el deudor al acreedor anterior será legítimo en tanto no se produzca la notificación o el deudor no conozca la cesión por otro medio.

7. La Compraventa de la Empresa

Existen dos maneras de adquirir una empresa. La primera consiste en adquirir todas las acciones o participaciones de la sociedad mercantil que la explota o un número suficiente de ellas para obtener el control de la sociedad. Se entiende que existe control cuando se adquiere la mayor parte del capital o un porcentaje bastante como para designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración. adquiriéndose indirectamente la sociedad, se adquiere indirectamente la empresa que esta explota y con ella todas las relaciones jurídicas activas y pasivas. De este modo se simplifican las operaciones de consumación del contrato. En este caso el vendedor sería el socio o socios de la sociedad en cuestión.

La otra manera es adquirir la empresa como tal, a través de un contrato de compraventa de empresa en el que se pacte la adquisición de todos los elementos que la forman. En este supuesto, el vendedor es el empresario individual o social, y es más complejo que el primer supuesto. En el ámbito de la compraventa de empresas rige, con carácter general, el principio de autonomía de la voluntad, y suele comenzar con la preparación por el vendedor o por sus asesores financieros de un information memorandum o cuaderno de venta en el que se describe la empresa, los negocios, cuotas de mercado, ratios principales y al que se adjuntan los balances y las cuentas de resultados de los últimos años. El cuaderno se distribuye entre los inversores interesados en la operación de compraventa, habiéndose firmado previamente los correspondientes NDAs. Los inversores que sigan estando interesados presentan sus respectivas ofertas, definiendo el precio y las demás condiciones en las que están dispuestos a comprar la empresa. Es habitual que estas ofertas se configuren como no jurídicamente vinculantes, lo que puede plantear la cuestión de la posible responsabilidad in contrahendo. Con frecuencia, el oferente supedita la confirmación de la oferta a la obtención de financiación bancaria por un importe determinado y, casi siempre, al análisis de información mucho más detallada sobre la empresa, sus negocios, estados financieros, costes e ingresos, principales proveedores y clientes y los contratos con ellos... El comprador analiza esta información en un proceso que se llama due diligence y termina con la elaboración por los diferentes asesores del comprador de unos informes que describen la situación de la empresa. Además, el comprador realiza unas proyecciones de los resultados económicos de la empresa en el pasado reciente par determinar el precio final.

Con independencia de lo que acuerden las partes, el vendedor tiene el deber, derivado del principio de buena fe, de informar al comprador de las circunstancias que puedan ser consideradas como esenciales. Se trata del principio del dolo negativo o por omisión, aplicable cuando el vendedor calla o no advierte de estas circunstancias esenciales. Determinado el precio de compra en atención a la información suministrada durante la fase de due diligence, el comprador formula una oferta definitiva asumiendo que: la información que ha sido proporcionada es cierta y completa; y que el vendedor se obligará a resolver los problemas detectados durante el análisis de due diligence antes de una determinada fecha o a compensar al comprador en caso de que alguno de los potenciales problemas se materializase.

El paso siguiente es la celebración del contrato de compraventa, que suele organizarse en torno a las siguientes cláusulas. La primera es la descripción del objeto de la compraventa, el cual consistirá en todos o alguno de los elementos de la empresa, o bien en las acciones o participaciones sociales que se compran y su porcentaje de capital que representan y la empresa que la sociedad en cuestión explota. Esto permitirá sostener que los vicios de la empresa o sus elementos son vicios del objeto de la compraventa y podrían dar lugar a acciones de incumplimiento. La segunda cláusula más importante es la que establece el precio, que habitualmente tiene una parte fija y otra variable.

A continuación, suelen establecerse los pasos que hay que dar previamente a la entrega de las prestaciones, suspendiéndose la eficacia de las obligaciones de entregar la empresa y de pagar el precio hasta que aquellos se cumplan, lo que deberá ocurrir antes de una fecha determinada. El paso previo más importante suele ser la aprobación de la concentración empresarial por las autoridades de competencia, pues sin esta no se puede ejecutar la operación. Cuando la sociedad opera en sectores regulados puede ser necesario obtener ciertas autorizaciones administrativas o determinadas notificaciones previas. Otras condiciones suspensivas suelen ser

la obtención del consentimiento de las contrapartes de ciertos contratos vitales para el negocio cuando estos puedan ser resueltos anticipadamente ante el cambio del accionista principal o de control de cualquiera de las partes. Con respecto a que parte debe soportar los riesgos de que la empresa o sus elementos se pierdan o se deterioren durante este periodo. Si es el vendedor quien soporta el riesgo, perderá el derecho a percibir el precio si la empresa se perdiese. Si es el comprador, deberá satisfacer el precio a pesar de la pérdida o daño de la cosa.

El incumplimiento grave de alguna de estas obligaciones de hacer o de no hacer puede dar derecho al comprador a resolver la compraventa por incumplimiento contractual y a exigir la indemnización de los daños sufridos. Es posible pactar que el acaecimiento de determinados sucesos extraordinariamente adversos permita al comprador desistir de la compraventa. En todo caso hay que tener presente que en ausencia de pactos al respecto, en la compraventa civil el riesgo pasa al comprador cuando se perfecciona el contrato, lo que es coherente con la regla del art.1095 CC, que atribuye al comprador los frutos de la cosa desde la perfección del contrato. En la compraventa mercantil, en cambio, el riesgo pasa al comprador con la entrega o puesta a disposición. Otra cláusula importante es la relativa a la responsabilidad del vendedor por evicción o por vicios ocultos de la cosa que se compra, sea su objeto directo o indirecto. La evicción es posible en el caso de ciertos elementos empresariales pero es improbable en el caso de las acciones o participaciones sociales.

En cuanto a los vicios ocultos, solo lo son, en rigor, los que no resulten de la información que el vendedor puso a disposición del comprador. Los problemas detectados por este durante la fase de due diligence no serán vicios ocultos sujetos a la responsabilidad de saneamiento, lo que no impide que el vendedor pueda responder por ellos. Por ello suele adjuntarse al contrato un anejo de declaraciones, manifestaciones y garantías que sirven para detallar las principales cuestiones empresariales, contables, financieras, técnicas, informáticas, laborales, tributarias y jurídicas de la empresa y de sus principales elementos, configurándose perfectamente el objeto de la compraventa, y el vendedor asegura que la empresa se va a recibir en ese estado. Las circunstancias que contradigan las declaraciones, manifestaciones y garantías y que aparezcan tras la fecha de celebración del contrato o la de su consumación y que tengan un origen anterior a la primera de las fechas cotadas constituirán auténticos vicios ocultos salvo que se conociesen de antemano, y se registrarán por lo pactado por las partes y en su defecto, por lo previsto en los arts. 1484 y ss. CC, y por las normas del aliud pro alio. Es frecuente que los contratos no solo amplíen a través de las manifestaciones y garantías, el ámbito posible de los vicios ocultos, sino que también alarguen los plazos previstos en el CC. Las acciones que tendrá el comprador para reclamar será la de saneamiento stricto sensu, quanti minoris, incumplimiento contractual o incluso la de nulidad por vicio del consentimiento.

La jurisprudencia ha sostenido la validez de los pactos por los que se amplía la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos por aplicación del principio de autonomía de la voluntad, pero hay alguna sentencia que ha rechazado reclamaciones por vicios relativos a alguno de los elementos integrantes de la empresa con el argumento de que el objeto de la compraventa no eran dicho elementos, ni siquiera la empresa en cuanto tal, sino las acciones o participaciones sociales. Estas sentencias han sostenido que habiéndose efectivamente transmitido la propiedad de las acciones o participaciones no puede haber incumplimiento derivado de un aliud pro alio ni de vicios ocultos de la cosa. Es decir, el vendedor cumple con transmitir las acciones al comprador sin que importe el estado de la empresa explotada por la sociedad. La postura sostenida por estas sentencias, además de minoritaria; carece de lógica, es más, son más numerosas las sentencias que aceptan que además del objeto formal, estos contratos tienen un objeto material. Por último, se establecerán cláusulas en las que se contendrán las obligaciones principales de las partes. Por el vendedor, responder por evicción y vicios ocultos y entregar la empresa/acciones en sentido estricto, situando al adquiriente en condiciones de utilizar y explotar la empresa. Por parte del comprador, la obligación principal es pagar el precio en la forma y tiempo expresamente establecidos en el contrato y teniendo en cuenta la forma de determinación a la que ya nos hemos referido.

8. El Arrendamiento y el Usufructo de Empresa

Otras formas de transmisión empresarial serán el arrendamiento y usufructo de la empresa. Con relación al arrendamiento, no se establecen normas concretas sobre el arrendamiento de empresas o establecimiento mercantil, debiendo aplicarse las disposiciones generales del Derecho Civil. En el arrendamiento de empresa también primará la regulación que quieran establecer las partes expresamente en el contrato. En virtud del arrendamiento de empresa, el arrendador titular de una empresa cederá el uso de un todo patrimonial autónomo a un arrendatario a cambio de una renta, pagadera en la forma determinada. Este arrendamiento puede conllevar igualmente el alquiler del local de negocio. Las principales obligaciones del arrendador serán la de entregar el establecimiento en buen estado de funcionamiento; hacer las reparaciones necesarias de los elementos que componen el establecimiento y mantener al arrendatario en su uso pacífico sin competencia. Por su parte, el arrendatario deberá pagar la renta convenida, utilizar el establecimiento conforme a la actividad pagada, no cambiar su destino, y mantener la capacidad productiva para evitar desperfectos.

El usufructo de empresa, por su parte, conlleva la constitución de derechos de uso y disfrute sobre una empresa. El supuesto más frecuente en la práctica es el del usufructo de empresa por parte del cónyuge viudo del empresario individual. En el Derecho de Sucesiones se prevé que el cónyuge herede el usufructo de 1/3 de la herencia, la llamada cuota viudal, que podrá ampliarse respecto del tercio de mejora si el causante estableciese el derecho de usufructo sobre toda la herencia. En estos casos, al ser el causante empresario individual, transmitiría su patrimonio civil y empresarial a sus herederos constituyendo un usufructo que recaería sobre la empresa. El usufructuario tiene obligación de inventariar los bienes y derechos antes de tomar posesión del establecimiento, así como de prestar fianza, salvo que el titular dispensase de estas obligaciones. En este sentido, el usufructuario tiene el derecho y el deber de ejercer en el establecimiento la misma actividad que se venía desarrollando por parte del titular, sin modificar el nombre comercial ni sus características, salvo que el título de constitución habilite para tal fin, percibiendo las ganancias que se produzcan. No obstante, la explotación del negocio puede realizarse directamente por el usufructuario o por un tercero en tanto que aquel podría enajenar su derecho o arrendar el establecimiento.

Tema 3 Propiedad Industrial (I): Marcas y Otros Signos Distintivos