

Mercantil I. – Tema I. – Tema II. –

Introducción. – Qué es el derecho Mercantil. –

Es derecho privado si nos atenemos a las grandes divisiones entre derecho Público y Privado que nunca han estado claras. Para ver porque se dice que no está clara esa división, baste pensar en una circular del Mercado de Valores o del Banco de España dirigida a dar instrucciones a las SA que cotizan en bolsa. Sería esto derecho Administrativo?. Se puede decir que sea público cuando está regulando relaciones privadas?.

La división tajante entre público y privado nunca ha sido clara. Así el derecho Mercantil lo componen normas de derecho Administrativo, derecho Sancionatorio, también se apoya en el derecho fiscal que dice cuanto y como se paga, así se pueden elegir tres vías legales y los impuestos son diferentes, se ve, pues, que el derecho fiscal es derecho Público pero incide en el derecho Privado.

Para entendernos diremos que el derecho Mercantil es hijo del derecho Civil y es una rama del derecho Privado especialmente en los grandes conceptos de obligaciones, negocio jurídico y contratos.

Es pues el derecho Mercantil parte del derecho Privado. Es además una categoría histórica y ha regulado, fuera del derecho Civil el comercio, hoy tráfico mercantil, las actividades del mercado en sentido económico, no como un lugar sino como un ente que conjuga **tiempo, lugar y materia**.

El derecho Mercantil ha sido producto de la propia evolución histórica, es decir, el desarrollo social y político del comercio o del mercado y por tanto de los sujetos que actúan en él.

Categoría histórica. –

El derecho Mercantil nace cuando nace el comercio con calidad diferente al de las épocas anteriores.

Al desaparecer el derecho Romano, hay una época en la que no hay nada, desaparecen las vías de comunicación, las ciudades y el comercio. A partir del año 1100 se produce la pacificación de Europa. Aparecen los mercaderes y el feudalismo empieza a descomponerse. Aparecen las personas liberadas de la servidumbre feudal. Los mercaderes que hoy llamaríamos vendedores ambulantes que crecen y acumulan riquezas. Esta nueva clase social impone una nueva forma de hacer es el IUS MERCATORUM (derecho de los mercaderes).

Otro fenómeno es la aparición de la ciudad como núcleo de poder. Es un elemento nuevo que influye en la estructura de esta clase social que se hace burguesa. Estos burgos con el tiempo se convierten en ciudades estado y en ellas aparecen unas reglas llamadas **estatutos** donde se regula todo, incluido el comercio; primero terrestre y luego marítimo. Estas reglas se escriben en los **estatutos** o en **recopilaciones de usos y costumbres** tales como **El Llibre del Consulat del Mar** que fue empleado por todos los pueblos del mediterráneo.

En el norte de Francia aparecen las **Reglas de Oleron**, gran puerto del mar del Norte. Es también, este libro, recopilación de los **usos y costumbres** para el comercio de esa zona.

Así los mercaderes crean un derecho para aplicarlo a ellos y por tribunales creados por ellos, tenemos pues:

- Un derecho especial diferente al derecho común.
- Un derecho especial que se aplica a mercaderes.
- Un derecho especial aplicado por tribunales especiales, los consulados.

La edad moderna con la aparición del Estado absoluto en torno al S. XV, en el que el derecho se convierte en derecho Real promulgado por el rey en forma de pragmáticas, cartas otorgadas etc; el derecho Mercantil aplica sus reglas incluso a los que no son comerciantes, es el caso de la letra de cambio que se convierte en un instrumento del derecho Mercantil. Aparece el término **Mercantilismo** como concepción económica por la que el comercio deja de ser algo malo. En esta época el monarca quiere regularlo todo y los mercaderes quieren que se regule poco es la época en que los mercaderes piden que el poder deje hacer (Laize faire, laize passe).

Aparecen las ordenanzas que duran mucho tiempo. La **Ordenanza del Comercio Terrestre y de la Marina de 1673** son buen ejemplo de ello en la monarquía francesa. Se desarrolla el concepto de soberanía.

En España aparecen las **ordenanzas de Consulado** que ya no son compendio de uso sino que son promulgados.

Tras la Revolución francesa cae la monarquía absoluta, son abolidos los privilegios, se preconiza la igualdad ante la ley y se produce el desarrollo de la propiedad privada como derecho absoluto. La supresión de los privilegios supone la supresión de los gremios. Los mercaderes se han hecho dueños de las ciudades y de su economía. Aparece un derecho igual para todos los ciudadanos.

En el S. XIX se desarrollan las ideas de libertad y democracia, aparece la **Codificación** que es un deseo nacional de estructurar un único Derecho para todos los ciudadanos apareciendo en casi todos los países el Código Civil y el Código de Comercio.

En el S. XIX aparece la jurisdicción única con especialidades. Como curiosidad decir que hoy en día se tiende a la vuelta de los juzgados de lo Mercantil.

Se abandona la subjetividad y se piensa que un acto es de comercio sea cualquiera el que lo haga, es una visión objetiva.

Sobre quiénes eran comerciantes, en el código francés se dice que son comerciantes los que ejercen actos de comercio y ejercen el comercio habitualmente, además, como hasta finales del XIX se mantuvieron los tribunales de comercio, se entendía, que era comercio lo que juzgaban estos tribunales.

Por otra parte en España, en la actualidad, y con la aparición de la nueva Ley Concursal aparecen los Juzgados de lo Mercantil, al final será derecho Mercantil lo que juzguen los juzgados de lo Mercantil. Se produce pues una vuelta a lo anterior.

Peculiaridades en España..-

- En el caso español nos encontramos con dos Códigos, el Civil y el de Comercio.
- El C. Com es anterior al C.C, lo que tiene importancia a la hora de ver las fuentes.

En el Código de 1829 se decía que era comerciante el que estando registrado se dedica al tráfico mercantil.

Pero volviendo a la generalidad del mundo del XIX , se continua en el afán de buscar un acto objetivo para huir del sujeto y además se busca que el derecho, en general, sea igual para todos y todos estén sometidos a la Ley.

Se quiere construir un derecho objetivo basado en la materia y no en los sujetos, después, se verá que esto no es verdad ni desde el punto de vista teórico ni desde el punto de vista práctico. Toda la doctrina del S. XIX se preocupa de buscar el concepto de acto objetivo de comercio.

A finales del XIX se observa una vuelta al sistema subjetivo, a pensar que el derecho Mercantil está basado en los empresarios y el que no es empresario se rige por el derecho Civil. Así se vuelve a la época medieval en la que los mercaderes crean y aplican el derecho que les atañe **lex mercatoria** y los demás se rigen por el Corpus Iuris Civilis.

Se puede decir que el Derecho Mercantil ha evolucionado desde un concepto **objetivo** a un sistema **subjetivo** para volver de nuevo a la concepción **objetiva**.

En el siglo XX se empieza un estudio de la realidad económica y aparece la **empresa**, es decir, **la organización económica que permite a unos sujetos empezar una actividad que no se puede hacer sin organización.**

La **empresa** es un conjunto de elementos materiales e inmateriales. Así tenemos naves, trabajadores, créditos, marcas, patentes, prestigio. Todos estos capitales, conocimientos, medios técnicos que constituye una organización, es la empresa.

La **empresa** aparece con la **revolución industrial**, hasta ese momento había existido sólo el trueque, capitalismo económico. Ahora aparece el capitalismo industrial con la producción en serie de bienes de consumo transformados por la actividad industrial. Es la tesis de Mark **mercancía – dinero – mercancía**.

La **primera revolución industrial** aparece en la Inglaterra del S. XVIII, Adam Smith no plantea un liberalismo salvaje sino que estima que la actitud individual de cada uno puede conducir al bien común y que por lo tanto no hacen falta normas religiosas para la economía. Dice, también, que cuando un carnicero vende su mercancía al consumidor lo hace por su propio egoísmo ya que cuando mejor y más venda más dinero ganará y eso redundará en su mayor beneficio. Dice, también, que cuando dos o más miembros de un gremio se reúnen es, sólo, para dos cosas: para perjudicar a los consumidores o para subir los precios.

Adam Smith preconiza que el gobierno debe intervenir para regularizar e impedir el perjuicio del consumidor.

La **segunda revolución industrial** se produce en el XIX en Inglaterra y en Europa. En España los primeros trenes Barcelona–Mataró y Valencia–Grao datan de 1848, Inglaterra los tenía muchos años antes.

Al aparecer la empresa se dice que el derecho Mercantil es la rama del derecho que regula esa actividad empresarial.

Tenemos así tres elementos:

- Un sujeto
- Una organización, la empresa
- Una actividad, el mercado

Sobre la realidad actual podemos plasmar dos ideas:

El derecho Mercantil no se entiende si no se analiza la realidad económica, se verá aparecer el derecho Mercantil después de la realidad económica, así aparecen primero las franquicias y después su regulación.

El derecho Mercantil se incardina en la constitución económica de un país o en el orden público económico y esto es fijar, **por lo que respecta a España, en la Constitución**, directrices básicas para que en un momento dado se asiente la estructura de la economía social de mercado que es la economía capitalista matizada con elementos sociales, pero veamos a nivel práctico lo que significa:

- **Propiedad privada** que se consagra en el **Art. 33 CE**, con un límite que es la función social. Propiedad

privada que no evita la **propiedad pública Art. 123 CE**. (bienes de dominio público).

- **Iniciativa privada y la libertad económica Art. 38 CE**. En el mercado ha de haber **libertad para entrar, para permanecer y para salir**. En la medida que las leyes impongan algún límite estaremos más lejos de la economía de mercado, tal como ha reconocido **El Tribunal de la Competencia** en varios casos como el de las tarifas de los colegios profesionales. Cuanto más se limite la entrada al mercado más nos alejaremos del mercado, es el caso de la limitación de farmacias.
- **La conmutatividad del comercio jurídico**, el comercio consiste en dar algo para que me den algo. El derecho Mercantil no se basa en los regalos, se basa en mercancía – dinero – mercancía. En consecuencia:
 - ◆ El intercambio de algo por algo que exige el equilibrio de las prestaciones .
 - ◆ Prohibición del enriquecimiento injusto.
 - ◆ No existencia de precios fijados

- **La buena fe en las relaciones económicas**

Principio de seguridad jurídica se ha de dar la seguridad jurídica a la transacción económica que es un elemento de certidumbre del Ordenamiento Jurídico y que se asienta en dos presupuestos:

- Seguridad en el derecho subjetivo (Derecho de propiedad)
- Seguridad en la confianza del tráfico jurídico, si yo compro, compro y si vendo, vendo. Si yo compro madera es por que la tiene el que la vende.

Últimas tendencias. – Hacia donde camina el derecho Mercantil?.

- Camina a la unificación y la uniformización, nos parecemos cada vez más a un derecho Mercantil sin fronteras, es decir, un derecho Mercantil Universal y esto se puede observar en los siguientes ámbitos:
- La UE promulga legislación uniforme (Reglamentos y Directivas) se está produciendo en la UE esta especie de uniformidad del derecho.
- No sólo en la UE, en el mundo, vemos como la ONU a través de UNCITRAL se promulgan convenios marco a los que se unen los países.
- Las asociaciones privadas aparecen como redactores de normas que luego la gente aplica. Así la Cámara de Comercio Internacional de París, organismo privado en el que se integran empresarios y consumidores, redacta reglas y las publica. Vuelve a aparecer el IUS MERCATORUM.
- Aparece la intervención pública, desconocida en la Edad Media, conocida en el periodo absolutista. Hoy aparecen los procesos de privatización y desregulación(quitar derecho del mercado), pero a medida que se desregula aparece un nuevo derecho distinto del anterior. No hay ausencia de reglas.
- Se produce la presencia y la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios. Se observa una mayor presencia y defensa de los consumidores cuando, en el mercado, se relacionan con los empresarios.
- Se produce una mayor masificación y despersonalización de las relaciones comerciales. Las relaciones comerciales se hacen detrás de una máquina.
- Con el proceso de descodificación a finales del siglo XX, se produce un proceso de vaciamiento del C.Com y aparece la reglamentación especial más adecuada a la realidad concreta.
- Aparece el derecho Mercantil como algo más del derecho de la globalización de la economía privada, la globalización que no debe verse sólo como un mercado universal sino como una sociedad global. Una globalización social, cada vez sabemos más del vecino y bebemos de las mismas fuentes culturales. El mecanismo de globalización permite un derecho nuevo que va a cambiar como no lo ha hecho antes.

Referencias y campo de regulación, hoy, del derecho Mercantil.

- **El sujeto**.– Los empresarios, pero sólo a los sujetos que producen bienes y servicios. Pero sólo los industriales o los comerciantes y también los profesionales liberales que producen bienes para el mercado.
- **La organización**.– Es decir, la empresa. Es decir, la idea de que ese sujeto no hace nada de lo que se quiere

hacer sin organización que es indispensable para el derecho Mercantil y no sólo para él.

- **Actividad económica**.– En el mercado ese empresario u operador económico no está en un sitio aislado, tiene una actividad en el mercado, ofrece bienes y servicios y se lucra de dicha actividad dentro del marco de unas reglas de comportamiento.

Fuentes de producción del derecho Mercantil.–

Art. 2 C.Com. **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; e 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 éste Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.

Esto se completa con lo que recoge el Art. 50 C.Com. **Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común.**

Esta contradicción no tiene importancia ya que casi todo está en la legislación mercantil y si no en lo escrito por las partes. El contrato mercantil no tiene conceptos diferentes a los del Derecho Civil.

Pero cuando hablamos de las Fuentes del Derecho Mercantil, no está sólo la Ley y la costumbre junto con las fuentes propias del Derecho Mercantil como se ha visto, está cada vez más presente la UE, los privados autorregulándose y los organismos internacionales.

Papel de las CCAA en materia de Derecho Mercantil.–

El Art. 149.1.6 dice que la legislación mercantil es competencia exclusiva del Estado. Así las CCAA no tienen ninguna competencia legislativa sobre sus materias. No obstante hay elementos dudosos:

- Qué es la legislación mercantil?
- Si las CCAA no tienen competencia legislativa no pueden legislar y sí tienen facultades de ejecutar. Actúan sobre el desarrollo de algún tipo de relaciones mercantiles tales como las cooperativas y C. De Ahorro. También tienen facultades ejecutivas del Derecho Mercantil como lo que se refiere a las materias de patentes y marcas.

MERCANTIL I.– TEMA III.–

EL EMPRESARIO MERCANTIL Y LA EMPRESA.–

1.– Concepto y clases de empresario. Sus notas características.–

Empresario es el que todavía el C. Com llama comerciante pero hoy sabemos que el empresario no hace sólo comercio.

Es una persona física o jurídica que en nombre propio, bien sea por sí mismo o por medio de otro, ejerce organizada y profesionalmente una actividad económica dirigida a la producción e intermediación de bienes o de servicios para el mercado.

Es importante la nota **en nombre propio** ya que esta nos indica que el empresario asume un riesgo y esta

circunstancia, como veremos, no es tenida en cuenta en el Art. 1.C.Com.

Esta definición plantea al derecho Mercantil un problema ya que tradicionalmente sólo se ocupaba del comerciante.

Como se ve por la definición el empresario puede ser persona física o jurídica, dentro de esta última categoría encontraremos las sociedades mercantiles.

Peculiaridad jurídica para estar en presencia de un empresario. –

Hasta ahora no se ha utilizado la expresión ánimo de lucro ya que la misma infiere una cierta confusión. Los economistas prefieren hablar de que una vez los ingresos cubran los gastos de la empresa a partir de esto se pueden producir ganancias que pueden ser repartibles; pero puede ocurrir que esto no sea así, caso de las Cajas de Ahorro. Es el mismo caso de las cooperativas. Por lo tanto convendremos que el reparto de beneficios se da, a veces, y otras no. Pero es lo más cierto que nadie duda que una cooperativa es una empresa al igual que una Caja de Ahorros, similares a un despacho de Abogados o a una empresa de Obras Públicas.

Las Cooperativas no reparten beneficios sino que los integran en las reservas propias, pero el socio de la cooperativa no está asociado por altruismo, lo está porque así garantiza la salida de sus productos al mercado y menores costes en las materias primas que necesita para su explotación y es allí donde encuentra su beneficio.

Vemos, pues, que el ánimo de lucro no lo es en el sentido tradicional por eso se emplea el término **economicidad**.

2.– El concepto de comerciante en el Código de Comercio. Valoración crítica.– 4.– El estatuto jurídico del empresario mercantil. Prohibiciones o restricciones al ejercicio de la actividad empresarial.

Juridicidad. –

Artículo 1 C.Com.

Son comerciantes para los efectos de este Código:

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

Artículo 4 C.Com

Tendrá capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes.

No podrá ejercer el comercio ni el menor de edad ni el inhabilitado con arreglo al C.C.

La doctrina ha hecho una distinción entre ser comerciante y actuar como tal.

Se es comerciante como se es persona. Cosa distinta es poder actuar como tal para eso tenemos el Art. 4 C.Com.

Capacidad legal. –

Mayoría de edad mas libre disposición de sus bienes. Nos podemos encontrar con menores que son comerciantes pero no pueden actuar como comerciantes así si acudimos al Art. 5 C.Com veremos:

Artículo 5 C.Com.

Los menores de dieciocho años y los incapacitados podrá continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o sus causantes. Si los guardadores carecieran de capacidad legal para comerciar, o tuvieran alguna incompatibilidad, estará obligados a nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirá en el ejercicio del comercio.

En este caso el que actúa como comerciante es el tutor pero el comerciante es el menor.

Habitualidad o profesionalidad.-

La actividad importa poco, lo que importa es la profesionalidad o la habitualidad. Tradicionalmente el derecho Mercantil no se ha aplicado a agricultores, ganaderos o profesionales liberales.

Al ver los contratos mercantiles observaremos que **en el contrato de compraventa mercantil** se dice que las ventas de los artesanos de los productos que manufacturan o ganaderos de su ganado no están considerados como compraventa mercantil, por tanto, es civil, lo que demuestra que el C.Com no ha querido incluir en el derecho mercantil esas actividades.

En principio los sectores liberales, ganaderos o artesanos han estado al margen del DM pero hoy en día no es cierto y esto por dos circunstancias:

- Alguna parte del DM si se les aplica. Derecho de la competencia, propiedad industrial e intelectual, la publicidad ilícita o desleal. Cuando se usa, por parte de estos profesionales, una letra de cambio, se aplica a estos profesionales la regulación del DM aunque no sean sujetos del DM.
- A veces, se es empresario mercantil por la forma jurídica que se adopta. Vg. Un empresario que para llevar su empresa, en vez de llevarla el sólo, decide montar una SA, al adoptar esta forma se convierte automáticamente en empresario mercantil tal como se refleja en el Art. 3 de la Ley de SA o en el Art. 3 de la ley de SL

Artículo 3 Ley de SA Carácter mercantil.

La sociedad anónima, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil, y en cuanto no se rija por disposición que le sea específicamente aplicable, quedará sometida a los preceptos de esta Ley.

Artículo 3 Ley de SL. Carácter mercantil.

La sociedad de responsabilidad limitada, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil.

Supuestos de incapacidad para el ejercicio.-

- Menor de edad.
- Incapaz declarado judicialmente.
- Menor emancipado, veamos el Art. 323 C.C.

Art. 323

La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes

inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.

El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio. Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad.

Supuestos de inhabilitación.-

Artículo 13 C.Com

No podrá ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención administrativa o económica en Compañías mercantiles o industriales:

1. Sin contenido

2. Los declarados en quiebra, mientras no hayan obtenido rehabilitación o esté autorizados, en virtud de un convenio aceptado en junta general de acreedores y aprobado por la autoridad judicial, para continuar al frente de su establecimiento; entendiéndose en tal caso limitada la habilitación a lo expresado en el convenio.

3. Los que, por Leyes o disposiciones especiales, no puedan comerciar.

Aquí se habla de los concursados. No pueden ejercer el comercio las personas inhabilitadas conforme a la ley concursal. El deudor inhabilitado no puede ejercer el comercio.

Supuesto de incompatibilidades.-

Artículo 14 C.Com.

No podrá ejercer la profesión de mercantil por sí ni por otro, ni obtener cargo ni intervención directa administrativa o económica en Sociedades mercantiles o industriales, dentro de los límites de los distritos provincias o pueblos en que desempeñan sus funciones:

1. Los Magistrados, Jueces y funcionarios del Ministerio fiscal en servicio activo.

Esta disposición no será aplicable a los Alcaldes, Jueces y fiscales municipales, ni a los que accidentalmente desempeñen funciones judiciales o fiscales.

2. Los Jefes gubernativos, económicos o militares de distritos, Provincias o plazas.

3. Los empleados en la recaudación y administración de fondos del Estado, nombrados por el Gobierno. Exceptúanse los que administren y recauden por asiento, y sus representantes.

4. Los Agentes de Cambio y Corredores de Comercio, de cualquier clase que sean.

Además de estas excepciones nos encontramos otras en leyes especiales

Determinados supuestos de la legislación de funcionarios y de altos cargos del Estado o de las CCAA. El funcionario público, es, en principio, incompatible con el ejercicio del comercio que esté directamente relacionado con su función. Lo mismo ocurre con los altos cargos mientras lo sean.

Prohibiciones.-

A veces, la ley señala que para determinados sujetos se prohíbe tal o cual actividad comercial. Vg. El socio de SC no puede dedicarse a la misma actividad de la que es socio Arts. 136 y 137 C.Com.

Artículo 136

En las Sociedades colectivas que no tengan género de comercio determinado, no podrá sus individuos hacer operaciones por cuenta propia sin que proceda consentimiento de la Sociedad, la cual no podrá negarlo sin acreditar que de ello le resulta un perjuicio efectivo y manifiesto.

Los socios que contravengan a esta disposición aportarán al acervo común el beneficio que les resulte de estas operaciones y sufrirán individualmente las pérdidas, si las hubiere.

Artículo 137

Si la Compañía hubiere determinado en su contrato de constitución el género de comercio en que haya de ocuparse, los socios podrá hacer lícitamente por su cuenta toda operación mercantil que les acomode, con tal que no pertenezca a la especie de negocios a que se dedique la Compañía de que fueren socios, a no existir pacto especial en contrario.

Nota.– Estos dos artículos llevan al profesor a decir que en contra de la corriente moderna de prohibir, él es de los que piensa que ***En derecho privado lo que no está expresamente prohibido está permitido.***

Nos podemos referir, así mismo al Art. 288 C.Com que se refiere a la figura que después veremos, del **factor** que es la persona que aparentemente es el alter-ego del empresario, es como si fuera el dueño, el Art. 288 C.Com dice que no puede dedicarse a la misma actividad. Así como el capitán de un buque de transporte marítimo que el Art. 613 C.Com, dice que no puede dedicarse particularmente al transporte.

Artículo 288

Los factores no podrá traficar por su cuenta particular, ni interesarse en nombre propio o ajeno en negociaciones del mismo género de las que hicieren a nombre de sus principales, a menos que éstos los autoricen expresamente para ello.

Si negociaren sin esta autorización , los beneficios de la negociación será para el principal y las pérdidas a cargo del factor.

Si el principal hubiere concedido al factor autorización para hacer operaciones por su cuenta o asociado a otras personas, no tendrá aquél derecho a las ganancias ni participará de las pérdidas que sobrevinieren.

Si el principal hubiere interesado al factor en alguna operación , la participación de éste en las ganancias será, salvo pacto en contrario, proporcionada al capital que aportare; y no aportando capital, será reputado socio industrial

Artículo 613

El Capito que navegare a flete común o al tercio no podrá hacer por su cuenta negocio alguno separado; y si lo hiciere, la utilidad que resulte pertenecerá a los demás interesados, y las pérdidas cederá en su perjuicio particular.

Autorización administrativa.–

Existen actividades que requieren autorización administrativa previa. Es el caso de la actividad de seguros o de banca. Esto es debido a la especialidad y por la sensibilidad que tienen sobre la economía del país.

Los actos realizados sin autorización, cuando esta es obligatoria son nulos aparte de la responsabilidad en que puedan incurrir.

La autorización no implica que no se precisen otro tipo de trámites que el empresario tendrá que seguir tales como permisos de obras, licencias de apertura etc. Pero esto no son autorizaciones sino trámites a cumplir.

3.- El ejercicio del comercio por persona casada. Efectos patrimoniales.-

El comerciante casado ejerce una actividad comercial pero no es una sociedad mercantil. En ese caso un miembro del matrimonio es comerciante y el otro no. Esto interesa por las implicaciones patrimoniales que tiene ese problema. Qué bienes quedan afectos a responder a los acreedores?.

En el C.C. se habla del régimen económico matrimonial que puede ser de gananciales, separación de bienes y de participación; pero fundamentalmente, los dos primeros.

El régimen económico matrimonial pretende resolver:

- El patrimonio.
- Qué bienes responden y porqué
- Quién los administra.

En España el REM es el que quieren los cónyuges. Si no hay separación de bienes el C.C., supletoriamente, entiende, que se elige el de gananciales. En Cataluña, es al revés, supletoriamente el régimen es de separación de bienes.

El REM regula los bienes, las facultades de disposición y de gestión y la responsabilidad patrimonial por las deudas.

Los acreedores tienen un deudor, pero qué bienes pueden embargar?

Artículo 6 C.Com

En caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedará obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos por esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Para que los demás bienes comunes queden obligados será necesario el consentimiento de ambos cónyuges.

Como se ve el Art. precedente da respuesta a esa pregunta.

En el REM de gananciales nos encontramos con bienes privativos propios de cada uno, son los que se tenían previamente al matrimonio o son producto de una herencia, además de los bienes comunes que son bienes de los dos, pero todo ese conjunto de bienes no responden de la deuda, sólo los que procedan de la actividad comercial.

Para que respondan todos los bienes gananciales ha de concretarse aunque no hace falta que el consentimiento se otorgue en escritura pública, así se refleja en los artículos 7 y 8 del C.Com.

Artículo 7 C.Com

Se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo.

Artículo 8 C.Com

También se presumirá prestado el consentimiento a que se refiere el artículo 6 cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro.

Para que entren los bienes propios del cónyuge del comerciante el consentimiento habrá de ser expreso. Art. 9. C.Com.

Artículo 9 C.Com

El consentimiento para obligar los bienes propios del cónyuge del comerciante habrá de ser expreso en cada caso.

Para todos estos trámites, a efectos de conocimiento de terceros se procederá con arreglo al Art. 11 C.Com.

Artículo 11 C..Com

Los actos de consentimiento, oposición y revocación a que se refieren los artículos 7, 9 y 10 habrá de constar, a los efectos de tercero, en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil. Los de revocación no podrá , en ningún caso, perjudicar derechos adquiridos con anterioridad.

Si los cónyuges inscriben en el Registro Mercantil la división total de los bienes, Capitulaciones, desde ese momento ya no hay bienes comunes. Así lo recoge el Art. 12 C.Com.

Artículo 12 C..Com

Lo dispuesto en los artículos anteriores se entiende, sin perjuicio de pactos en contrario, contenidos en capitulaciones matrimoniales debidamente inscritas en el Registro mercantil.

5.- Responsabilidad civil del empresario. Tendencias actuales.-

Art. 1911C.C

Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros

. Responsabilidad universal y se sea comerciante o no. Responde bien contractualmente o extracontractualmente.

Art. 1902C.C.

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado

Art. 1101C.C.

Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.

En el sistema tradicional del S. XIX la responsabilidad era siempre responsabilidad por culpa, sólo si tengo culpa respondo. En un incumplimiento si no había culpa no se respondía.

Si leemos el Art. 1903 C.C. se dice que de los daños causados por mi empleado respondo yo.

Art. 1903 C.C

La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

La tendencia en casos de empresarios es para hacerlos responsables de daños en más supuestos dado que son expertos. Se han producido dos matizaciones en la teoría de la culpa:

Teoría de la inversión de la carga de la prueba. –

El TS dice que el que efectúa una actividad empresarial y obtiene beneficios de ello se le puede exigir más que al ciudadano corriente y así, el empresario, ha de probar su no culpa ya que la culpa se le supone.

Tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad. –

En la que uno responde de las consecuencias de sus actos tenga o no tenga culpa salvo que demuestre culpa exclusiva de la víctima.

En el caso de empresarios determinadas actividades tienen por ley responsabilidad objetiva, es el caso de los transportes con mercancías peligrosas o el de las empresas nucleares.

Responsabilidad por productos defectuosos, es el caso del consumidor que consume un producto defectuoso que le causa daños. En este caso en la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios Art. 27 y 28 vemos supuestos de inversión de la carga y de responsabilidad objetiva

Artículo 27.

1. Con carácter general, y sin perjuicio de lo que resulte más favorable al consumidor o usuario, en virtud de otras disposiciones o acuerdos convencionales, regirán los siguientes criterios en materia de responsabilidad:

a) El fabricante, importador, vendedor o suministrador de productos o servicios a los consumidores o usuarios, responde del origen, identidad e idoneidad de los mismos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan.

b) En el caso de productos a granel responde el tenedor de los mismos, sin perjuicio de que se pueda identificar y probar la responsabilidad del anterior tenedor o proveedor.

c) En el supuesto de productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro, responde la firma o razón social que figure en su etiqueta, presentación o publicidad. Podrá eximirse de esa responsabilidad probando su falsificación o incorrecta manipulación por terceros, que serán los responsables.

2. Si a la producción de daños concurrieren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pague al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños.

Artículo 28.

1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario.

2. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños.

3. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 500 millones de pesetas. Esta cantidad deberá ser revisada y actualizada periódicamente por el Gobierno, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo.

La tendencia es a endurecer, sobre todo, en relación a los consumidores, la responsabilidad del empresario. Al mismo tiempo se observa una cierta tendencia a limitar la cuantía de las indemnizaciones. Entre los casos de responsabilidad objetiva suele haber un límite de la cuantía de la indemnización. El TC ha dicho que los jueces están obligados a respetar esas cuantías máximas.

Disquisición.-

En la clase del día siguiente 23/10/2003, el profesor hizo una serie de reflexiones **sobre la ley del 22/94, General para la Defensa de los consumidores y usuarios**, proveniente de una directiva de la UE en la que en su Art. 3 dicha ley declara responsables tanto al fabricante como al importador por los daños producidos por artículos defectuosos.

El perjudicado por el daño debe probar el defecto y el daño así como la relación de causalidad. El fabricante puede excusarse si prueba lo que se recoge en el Art. 6 de la Ley.

Tanto los fabricantes como los importadores son responsables solidarios.

La responsabilidad del fabricante se reduce si el daño es causado por culpa exclusiva de la víctima.

Hay una franquicia. Daños inferiores a 65.000 Pts. No incluye el resarcimiento de los bienes morales que se reclamarán por vía civil.

El daño máximo es de 10.500.000.000.- de Pts.. El tiempo de prescripción es de tres años desde que se conoció o desde que se sufrió.

Aquí el profesor habla sobre las repercusiones económicas del Derecho ya que si se considera la responsabilidad objetiva el precio de las mercancías aumentará. Además el empresario se retraerá de sacar al mercado nuevos productos hasta que no esté seguro de que no van a producir ningún daño y esto supone un freno para el progreso técnico. Esto demuestra que las decisiones en Derecho influyen en la vida normal. Es el caso de la contaminación y aquí cabría preguntarse ¿Qué grado de contaminación asumimos por el progreso técnico?

6.- La representación mercantil. Los colaboradores dependientes e independientes.-

El empresario que actúa puede hacerlo en nombre propio o bien a través de otra persona esto es lo que se llama representación que es **la relación jurídica por la que la voluntad de una persona produce efectos en los bienes de otra persona.**

La representación puede ser:

Voluntaria.- Es la elegida por uno mismo.

Legal.- Es la asignada por la ley. Tutor del menor. Padres de los hijos.

Representación orgánica.- Es para las personas jurídicas. Son los administradores de las sociedades mercantiles.

Representación directa.- Es en la que el representante actúa en nombre del representado.

Representación indirecta.- El representante actúa en su propio nombre por cuenta o interés del empresario. Se da en el DM y poco en el DC.

Poderes.-

Art. 1259C.C.

Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.

El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante.

Es el reflejo de las facultades que le doy a mi representante. Díez Picazo dice que: **Puede haber mandato sin poderes, puede haber mandato verbal.** Como dice el 1259 el problema se resuelve con la ratificación del representado.

Auxiliares del empresario.-

Hay que distinguir los auxiliares dependientes y los independientes.

Dependientes.- Son los que a veces representan al empresario y su firma obliga al empresario, Vg. Director comercial, representante de comercio. Son trabajadores dependientes, cobran una nómina de la empresa. Con cargo a los costes empresariales. El empresario tienen a personas que lo van a representar.

Independientes.– Son en sí empresarios cuya actividad es buscar clientes para otras empresas y tiene su propia organización. Son independientes y no tienen contrato laboral sino mercantil. Están los agentes, comisionistas etc.

Factores.–

Artículo 282 (transcrito más arriba)

El factor deberá tener la capacidad necesaria para obligarse con arreglo a este Código y poder de la persona por cuya cuenta haga el tráfico. Es el apoderado general. El alter-ego, como ya se ha dicho, del empresario que con independencia de que tenga o no poderes en cuyo caso el C.Com. lo llama **factor notorio**, todo el mundo sabe que es como si fuera el empresario así lo vemos en el Art. 286 C.Com

Artículo 286

Los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o Sociedad conocidas, se entenderá hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o Sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos, 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 o 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.

Esto no quita para que si tienen escritura inscrita en el Registro Mercantil tengan eficacia frente a terceros las limitaciones que figuren en dicha escritura. Es el caso de los directores de banco.

El DM protege la confianza en la apariencia en el tráfico económico. Es evidente que el factor aparece generando una situación en la que los demás ven al alter-ego del empresario.

7.-Concepto de empresa y aspectos jurídicos de su organización.–

Entendemos la empresa como unidad organizada de producción o de intermediación de bienes y servicios en el mercado que tiene en su seno diversos elementos:

- Materiales = máquinas, naves
- Humanos = trabajadores
- Financieros = capital.

Todo eso no necesariamente de la propiedad del titular de la empresa puesto que el local puede estar arrendado, los trabajadores, es claro, que no son de su propiedad y el capital se lo puede haber prestado un banco. El empresario dirige la organización y es titular de la misma.

Este concepto económico es difícil trasladarlo al concepto jurídico que sea diferente. Al jurista le interesan más los elementos de la empresa que el conjunto.

A veces, por empresa, se entiende un concepto subjetivo, como persona física o jurídica. A veces, se utilizan conceptos patrimoniales como un patrimonio afecto a una actividad.

Es difícil encontrar en el lenguaje normal un concepto jurídico diferente al económico. El Derecho cada vez más le atribuye una concepción unitaria de la empresa así en el Art. 1347.5 C.C. o en el 1406 se utiliza el término empresa en sentido global.

1347.5. Las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1354.

Cuando se habla desde el punto de vista fiscal se le asigna a la empresa un valor global.

Al comprar una empresa el precio no es la suma de los elementos, es eso, pero es algo más, también el elemento inmaterial, es el flujo de caja, la perspectiva del beneficio de los años siguientes en función del beneficio de los años anteriores con base a la estadística.

En la valoración de una empresa se introducen elementos inmateriales que son valorables. No es lo mismo alquilar una empresa en funcionamiento que alquilar un local de negocio.

Cuando utilizamos el término empresa podemos hacer distinciones desde varios puntos de vista.

Por sujeto titular.-

Física.- Titular único

Jurídica.- SA. Sociedad Civil. Fundación

CB.- Es la empresa cuyo titular no es ni una persona física ni jurídica.

Según el tamaño.-

Pequeña, mediana y gran empresa.

Esta distinción, jurídicamente, tiene gran importancia por los temas fiscales y de subvenciones. El tamaño se define por criterios como el volumen de negocio que refleja la diferencia entre ventas y coste de ventas. También por el número de trabajadores. Más de 250 trabajadores de media anual se considera gran empresa.

Por su ámbito.-

Privadas y públicas.

Empresas Públicas.-

Se clasifican después de la Ley General Presupuestaria y la Ley de la Administración General del Estado distinguiendo entre:

- Entidades públicas empresariales
- Sociedades estatales.

Entidades públicas empresariales.-

Art. 53 y siguientes Ley de la Administración General del Estado dice que son organismos públicos a los que se recomienda la prestación.....

Se rigen por el derecho privado excepto en la creación de la voluntad de sus órganos y tienen potestades administrativas atribuidas por ley y se someten a la legislación presupuestaria y a los contratos de la administración del Estado. Vg. Renfe, Tve.

Sociedades estatales. –

Art. 6 de la ley General Presupuestaria. Son sociedades mercantiles normalmente anónimas con capital social dividido en acciones en las que su mayoría es directa o indirectamente del Estado o algún organismo autónomo. Se rigen por el DM exclusivamente. No son organismos públicos. No tienen autoridad y está sometidos en régimen de competencia. Hay cierto control de sus presupuestos por el Estado. Cuando el Estado tiene mayoría en el capital social hablamos de una sociedad estatal. Cuando no tiene mayoría hablamos de sociedad privada participada.

Privatización del sector público. –

Telefónica. – Sociedad Anónima estatal. Hoy privada en la que el Estado tiene un porcentaje no mayoritario.

Iberia. – Era una SA pública. Hoy no lo es.

Aeropuertos nacionales. – Ente público empresarial.

8. – La empresa como objeto de negocios jurídicos. – Aspectos generales. –

La empresa en su conjunto es objeto de negocios jurídicos. Se puede comprar, vender, hipotecar, arrendar, ceder en usufructo, transmitir por herencia etc.

Cuando hablamos de los problemas generales en la empresa como objeto de negocio jurídico se plantean tres cuestiones.

Primera Cuestión. –

¿Cómo consigue el Derecho transmitir esa unidad que llamamos empresa que está integrada por elementos muy diferentes, inmuebles, clientela, prestigio?

Este problema se relaciona con el TITULO Y MODO de la tradición del Art. 609 C.C. cuando al hablar de cómo se adquiere la propiedad dice „y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición así tendremos:

TITULO. – Verbal o escrito.

MODO. – Entrega material o simbólica.

Los dos han de coincidir para que se produzca la transmisión.

Cuando esta teoría se traslada al caso de la empresa hay que distinguir los elementos para que cada uno de ellos vaya con su título y modo.

Cómo se transmiten los inmuebles. –

- Mediante escritura pública.
- Mediante la entrega de llaves.
- Mediante la inscripción en el registro.

Cómo se transmiten los bienes muebles. –

Se hace mediante la entrega material.

Cómo se transmiten los créditos. –

Art. 1526 C.C.

La cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1218 y 1227.

Si se refiriere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro.

El deudor debe ser notificado ya que puede ocurrir que si no es notificado puede pagar al antiguo acreedor.

Cómo se transmiten las deudas. –

Art. 1205 C.C.

La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor.

Se debe consentir con arreglo al 1205 ya que el acreedor se le cambia el deudor.

Cómo se transmiten los contratos. –

No se transmiten automáticamente en nuestro derecho se han de novar, todos menos los contratos laborales que se subrogan de acuerdo con el Art. 44 ET y los contratos de seguros mientras estén en vigor.

Cómo se transmite la marca. –

Escritura pública e inscripción en el Registro de Patentes y Marcas.

Segunda cuestión. –

Se refiere a la transmisión de lo inmaterial, la clientela o sea el fondo de comercio. Lo que produce el volumen de ventas. Aquí no se encuentra el título y el modo. Encontramos fórmulas para que pasen al nuevo empresario, se da información direcciones etc.

Tercera cuestión. –

Sobre el problema de la competencia. –

Para asegurar el resultado económico se establecen formulas de prohibición de la competencia.

Al derecho europeo no le gustan mucho estas fórmulas y considera que el territorio y el plazo han de ser razonables. Plazos superiores a dos años no parecen razonables.

Si yo vendo un negocio y me instalo para la misma actividad en la otra parte de la ciudad no parece que pueda hacer a mi antigua empresa mucha competencia.

Si no existieran pactos que aseguraran la no competencia y el antiguo propietario al día siguiente se instalara enfrente estaríamos al 1255 C.C. por transgresión a la buena fe o por competencia desleal.

9.- Régimen de inversiones extranjeras en España.- (Cuestión añadida por el profesor al margen del programa).-

Se trata de ver los requisitos que un no residente en España tiene que cumplir para la compra de inmuebles, empresas o acciones.

La historia ha sido de mucho control administrativo.

Ahora a partir del decreto de 1999 y órdenes ministeriales del 2001 la inversión realizada por persona residente en el extranjero es libre, cosa distinta es que cuando se constituye una SA y un socio es no residente y trae dinero para la compra de sus acciones se ha de rellenar un boletín especial lo que no quiere decir que sea un requisito para la validez del negocio. Sólo es un requisito estadístico.

Las inversiones son libres aunque haya obligación de declararlo a la Dirección General de Transacciones Exteriores. Los bancos también tienen que declararlo.

Hay algunos sectores que tienen limitaciones tales como empresas de telecomunicaciones, juego, empresas de armas y explosivos, seguridad en estos casos la inversión extranjera es como máximo del 25%.

MERCANTIL I.- TEMA V.-

EL REGISTRO MERCANTIL.-

1.- Concepto y normas reguladoras.-

El RM es un instrumento de publicidad del empresario que sirve para dotar de seguridad al tráfico mercantil.

Nuestro ordenamiento obliga al empresario a dar publicidad de sus características con la intención de dotar de seguridad al tráfico mercantil y a los terceros que se relacionan con el empresario.

Esa publicidad se realiza a través del RM que es una oficina pública que existe en todas las capitales de provincia y en otras poblaciones en las que según el Gobierno es necesario.

El RM se regula en los Arts. 16 al 24 C.Com. y en el RD 1784/1996 del 19/7 por el que se aprueba el reglamento del RM. Nos encontramos así mismo leyes especiales como las de SA y SL..

Es importante tener en cuenta que el RM es una oficina pública y por lo eso el Art. 23 del C.Com dice que cualquier persona podrá consultar los datos en él contenidos y esto se puede hacer **mediante solicitud de certificación o mediante notas simples informativas.**

2.- Funciones y organización del Registro Mercantil.

De ellas se ocupa el Art. 16 del C.Com. y el Art. 2 del RRM.

Las funciones esenciales son:

- **Inscripción de las empresas y demás sujetos establecidos por la ley así como los actos y contratos relativos a los mismos.** En el caso de empresa individual la inscripción es potestativa. Han de inscribirse las sociedades mercantiles, SA,SL,SLC y especiales. El Art. 81.3 ha sido declarado nulo y en él se contemplaba la inscripción en el RM de las sociedades civiles fuera cual fuera su objeto.
- **legalización de los libros de contabilidad, los que obligatoriamente deben de llevar los empresarios** Arts. 329 a 337 del RRM. También en el Art. 27 C.Com vemos que se obliga a los empresarios a que

presenten sus libros en el RM de su lugar de residencia para que sean diligenciados antes de su utilización.

- **Depósitos y publicidad de las cuentas anuales. Arts. 218 y ss. de la Ley de SA.** Regulan las cuentas anuales que obligatoriamente deben llevar los empresarios, balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria. Las cuentas anuales se formulan por los administradores de la sociedad, se aprueban en junta general y se verifican, en su caso, por los auditores de cuentas. Y deben depositarse en el RM para que sean públicas y que sirvan para que el estado patrimonial de las empresas sea conocido. Tanto es así que el Art. 221 de la Ley de SA establece un régimen sancionador si no se presentan las cuentas en el RM. En este caso no se podrá inscribir ningún acto relativo a esa sociedad excepto algunos datos relativos a sus administradores o apoderados o disolución por liquidación ya que esto protege a terceros. El propio Art. 221 LSA establece multas pecuniarias por el ICAD (Instituto de Contabilidad y Auditoria).
- **Nombramiento de expertos independientes y de auditores de cuenta Arts. 338 y ss del RRM.** Hay ocasiones en las que la ley de SA o SL exigen la intervención de los llamados expertos independientes. En los casos de las aportaciones no dinerarias de la sociedad, las aportaciones de esta categoría deben ser valoradas por expertos independientes. Estos expertos los nombra el registrador mercantil. Así mismo el RM tendrá que proceder, en su caso, a nombrar auditores de cuentas. En las sociedades obligadas a auditar como las SA los auditores son nombrados por la junta general de la sociedad pero la ley permite que en las sociedades no obligadas a auditar, los socios que posean un determinado porcentaje de capital soliciten la auditoria de sus cuentas, llevándose a cabo su nombramiento por el RM.
- **Centralización y publicidad de la información registral.** Se lleva a cabo por el RM Central.

Organización.-

Organización tenemos que saber que existe un RM en todas las capitales de provincia y en otras ciudades en las que se ha establecido con arreglo a sus necesidades. Se cuenta además con un RM central con sede en Madrid. Todas los RM dependen de la Dirección General de Registros y Notariados DGRN que depende del Ministerio de Justicia.

Funciones del Registro Mercantil Central.-

- Ordena y da publicidad meramente informativa de los datos que recibe de los distintos registros mercantiles.
- El archivo y publicidad de las denominaciones de sociedades. De hecho el RM Central tiene a su cargo un área llamada de denominaciones. Es allí donde se solicita la llamada **Certificación negativa** de denominación (si yo constituyo una sociedad y la quiero llamar de una manera tengo que saber que no hay otra igual). De esta denominación se ocupan los Arts. 395 a 397 del RRM. Es posible el acceso a toda esta información mediante el servicio Infovia plus.
- El RM central es quien gestiona la publicación en el BORM.

Es importante saber que la función esencial de los registradores estriba en la llamada calificación de los documentos que se presentan al registro de esto se ocupa el Art. 18.2 C.Com y los Arts. 58 y s. Del RRM.

Posibles recursos que se pueden interponer.-

A los efectos del caso de negación o suspensión de la práctica del asiento solicitado la ley permite interponer recurso gubernativo ante el propio registrador que ha calificado Arts. 66 y ss del RRM y además podrá interponerse recurso de alzada ante la DGRN cuya doctrina es muy importante . en el caso de sociedades lo encontramos en el Art. 71 RRM.

Acceso a documentos.-

El acceso a documentos inscritos se regula en el Art. 23 C.Com. y 77 del RRM y puede hacerse por dos vías:

- A través de las llamadas certificaciones que ponen de manifiesto el contenido de los asientos siendo el único medio de acreditar fehacientemente su contenido Art. 23 C.Com.
- Puede solicitarse la llamada nota simple informativa que tiene meros efectos informativos.

3.- Sujetos, actos y objetos sometidos a inscripción. -

En primer lugar deben inscribirse obligatoriamente todas las sociedades mercantiles pero no sólo ellas Art. 16 C.Com y 81 RRM.

Artículo 16

1. El Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de:

Primero. Los empresarios individuales.

Segundo. Las sociedades mercantiles.

Tercero. Las entidades de crédito y de seguros, así como las sociedades de garantía recíproca.

Cuarto. Las instituciones de inversión colectiva y los fondos de pensiones.

Quinto. Cualesquiera personas, naturales o jurídicas, cuando así lo disponga la Ley.

Sexto. Las Agrupaciones de interés económico.

Séptimo. Los actos y contratos que establezca la Ley.

2. Igualmente corresponderá al Registro Mercantil la legalización de los libros de los empresarios, el depósito y la publicidad de los documentos contables y cualesquiera otras funciones que le atribuyan las Leyes.

Todo este conjunto debe obligatoriamente estar inscritas en el RM. El Art. 81 del RRM habla de toda las sociedades como las Cajas de Ahorro y sus sucursales, los apoderados etc.

Qué se inscribe. -

Artículo 22

1. En la hoja abierta a cada empresario individual se inscribirá los datos identificativos del mismo, así como su nombre comercial y, en su caso, el rótulo de su establecimiento, la sede de éste y de las sucursales, si las tuviere, el objeto de su empresa, la fecha de comienzo de las operaciones, los poderes generales que otorgue, el consentimiento, la oposición y la revocación a que se refieren los artículos 6 a 10; las capitulaciones matrimoniales, así como las sentencias firmes en materia de nulidad, de separación y de divorcio; y los demás extremos que establezcan las leyes o el Reglamento.

2. En la hoja abierta a las sociedades mercantiles y demás entidades a que se refiere el artículo 16 se inscribirá el acto constitutivo y sus modificaciones, la rescisión , disolución , reactivación , transformación , fusión o escisión de la entidad, la creación de sucursales, el nombramiento y cese de administradores, liquidadores y auditores, los poderes generales, la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones cuando la entidad inscrita pudiera emitirlos de conformidad con la ley, y cualesquiera otras circunstancias que determinen las leyes o el Reglamento.

3. A las sucursales se abrirá, además, hoja propia en el Registro de la provincia en que se hallen establecidas, en la forma y con el contenido y los efectos que reglamentariamente se determinen.

Pueden inscribirse los empresarios individuales.–

Artículo 19

- La inscripción en el Registro Mercantil será potestativa para los empresarios individuales, con excepción del naviero.
- El empresario individual no inscrito no podrá pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil ni aprovecharse de sus efectos legales.
- En los demás supuestos contemplados por el apartado uno del artículo 16, la inscripción será obligatoria. Salvo disposición legal o reglamentaria en contrario, la inscripción deberá procurarse dentro del mes siguiente al otorgamiento de los documentos necesarios para la práctica de los asientos.
- El naviero no inscrito responderá con todo su patrimonio de las obligaciones contraídas.

Como se ve el Art. 19 C.Com dice que la inscripción de los empresario individuales es potestativa, ahora bien, si no lo hacen no podrán beneficiarse de los efectos legales del registro. No podrá pedir la inscripción de ningún documento, por ejemplo el régimen económico matrimonial.

4.– Procedimiento de inscripción en el registro.–

Asiento de presentación que se establece en los Arts. 41 y ss. RRM . El registrador califica Arts 58 a 65 del RRM. En todo caso se podrá recurrir Arts. 66 y ss. RRM.

5.– Principios registrales mercantiles. Efectos de la inscripción en el Registro.

Todo el sistema de publicidad se apoya en varios principios normativos:

- **Obligatoriedad de la inscripción Art. 4 RRM.**– Es obligatorio salvo que se diga lo contrario.
- **Publicidad material Art. 21 C.Com.**– Se presume que todo lo inscrito y publicado es conocido por todos y a todos afecta ya sea en beneficio o en perjuicio. Una vez se publica se presume que todos deben conocerlo. Publicación en el BORM.
- **Principio de legalidad. Art. 18.2 C.Com. y el 6 RRM.**– No tendrán acceso los actos o contratos ilegales.
- **Principio de legitimación. Art. 20 C.Com y 7 RRM.**– Una vez inscrito un acto o contrato, se presume Iuris Tantum su validez y exactitud mientras no se inscriba la correspondiente declaración judicial de inexactitud o nulidad. Los actos inscritos, salvo prueba en contra son conformes a ley.
- **Principio de titulación pública Art. 8 RRM.**– La inscripción se realiza en virtud de documento público.
- **Principio de fe pública. Art. 8 RRM.**– La declaración de inexactitud o nulidad de los asientos no puede perjudicar a terceros de buena fe.
- **Principio de prioridad o cierre del Registro. Art. 10 RRM.**– Inscrito o anotado preventivamente un título no puede inscribirse ningún título de igual o anterior fecha que resulte opuesto o incompatible con él.
- **Principio de tracto sucesivo. Art.10 RRM.**– Para inscribir actos o contratos relativos a un sujeto será precisa la previa inscripción del mismo.
- **Principio de oponibilidad. Art. 21 C.Com. y 9 RRM.**– Significa que los actos sujetos a inscripción s oponibles a terceros desde su publicación en el BORM.
- **Publicidad formal Art. 23.1 C.Com. y 12 RRM.**– El RM es público y el registrador debe hacer efectiva la publicidad de los asientos registrales.

Efectos de la inscripción en el Registro.–

Es muy importante. Se presume que todo lo inscrito y publicado es conocido por todos y a todos afecta, ya sea en beneficio o en perjuicio. Una vez se publica se presume que todos deben conocerlo. Se entiende publicación en el BORM.

MERCANTIL I.- TEMA VI.-

DERECHO DE LA COMPETENCIA.-

1.- La libertad de competencia. Significado y fuentes de regulación.-

Es un tema peculiar ya que no es estrictamente de Derecho Privado dado su componente administrativo como es el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Para situarnos diremos que la Constitución en su Art. 38 reconoce que el sistema económico en nuestro país es de economía de mercado lo que significa que los precios vienen fijados por el juego de la oferta y la demanda.

La oferta la formalizan los operadores del mercado que ofrecen servicios y la demanda los que piden esos servicios.

Para que este mercado funcione es necesario que haya libertad tanto de empresa como de competencia.

Libertad de empresa que significa libertad de iniciativa económica del Art. 38 CE. Libertad de competencia que se deriva del Art. 38 CE y que es la libertad de los operadores económicos de poder competir los unos con los otros sin restricciones.

Esta protección se hace en dos aspectos que corresponden a dos grupos de normas:

Primer grupo.- La competencia como institución.- La libre competencia como presupuesto para que funcione el mercado.

El grupo de normas que lo protegen son las normas de **defensa de la competencia** que pretenden garantizar que existe una competencia suficiente en el mercado y protegen de los ataques por parte de los operadores económicos este grupo de normas son la ley 16/89 **Ley de la Defensa de la Competencia** y algunas normas del Tratado de Roma que son aplicables en nuestro país.

Segundo grupo.- Paralelamente otro aspecto que es el derecho subjetivo de los operadores económicos a competir libremente que se deriva de la libertad de empresa. Este derecho es el otro gran objetivo que se protege por el Ordenamiento Jurídico.

Para proteger este derecho ciertas normas intentan establecer un estándar de actuación en el mercado para el hecho de competir. Este grupo de normas lo integran la **Ley de Competencia desleal 3/91** que se completa con la **Ley general de publicidad** o la **Ley de ordenación del comercio minorista**.

2.- Sistemas legislativos de protección de la libre competencia. El régimen jurídico de la competencia en la Unión Europea.-

Para proteger la competencia como institución se dictan normas que junto a la Ley 16/89. hay una normativa europea que es de aplicación en España y que son los artículos 81 y ss. del Tratado de Roma.

Los dos sistemas, europeo y español tienen los mismos fundamentos, se preocupan de lo mismo. Como el Tratado de Roma es anterior la Ley de Defensa de la Competencia reproduce la normativa europea. Son

sistemas paralelos y se preocupan de las mismas cosas. Se ocupan de cuatro temas fundamentales:

Prácticas colusorias.-

Son prácticas que realizan los operadores económicos que tiene como denominador común que se llevan a cabo con acuerdo(colusorias) entre los operadores económicos. Es lo que se llama acuerdos entre empresas. Este problema se regula e el Tratado de Roma Art. 81 y en nuestra Ley de defensa de la Competencia en el Art.1.

Estas normas determinan una prohibición de estas conductas. Se establece una sanción que es la nulidad de estos acuerdos además de la sanción administrativa correspondiente.

Prácticas abusivas.-

Son prácticas realizadas por una sola empresa que tiene una posición preeminente en el mercado. Son empresas que tienen poder de mercado. Se prohíbe abusar de ese poder de mercado. Esta problemática se recoge en el Art. 82 del Tratado de Roma y en el Art. 6 de la Ley de la Defensa de la Competencia.

Estos dos problemas son los más importantes, las prácticas colusorias y las abusivas tienen en común el hecho de que son conductas que se consideran per se nocivas para la competencia y por eso se prohíben.

Hay otros dos grupos o problemas que son también importantes pero en un grado menor porque se trata de que pueden ser nocivos y son las concentraciones económicas y las ayudas públicas.

Concentraciones económicas.-

Consiste en empresas que se unen y así disminuye el número de operadores del mercado y así se reduce la competencia. Pero estas concentraciones pueden tener efectos positivos desde el punto de vista económico, por eso en este caso como en el de las ayudas se producen controles. La normativa la encontramos en el Reglamento Comunitario 4064/89 de control de concentraciones.

Precisamente las concentraciones no se regularon en el Tratado de Roma porque en aquel momento tenían más ventaja que inconvenientes y por lo tanto no debían ser reguladas restrictivamente. En España están reguladas en la Ley de Defensa de la Competencia en los Arts. 14 y siguientes

Ayudas Públicas.-

Son ayudas que concede el Estado a ciertos operadores económicos. Son perjudiciales para la competencia porque la falsean, porque no todos los operadores económicos las tienen.

Las ayudas públicas pueden encontrar su justificación en el orden político y económico con el fin de equilibrar desigualdades, por ejemplo, territoriales.

Se regulan de forma prohibitiva pero con ciertas excepciones. No se deben conceder pero en determinadas circunstancias se admiten. Se regulan en el Tratado de Roma Arts. 87 y 88 y en la Ley de Defensa de la Competencia Art. 19.

3.- La defensa de la competencia en el Derecho español.

- **Contenido, fines y ámbito subjetivo de aplicación**
- **Las conductas prohibidas. Autorizaciones.(prácticas colusorias)**
- **El abuso de la posición de dominio (prácticas abusivas).**

- *Las concentraciones de empresas.*
- *Las ayudas públicas.*
- **Contenido, fines y ámbito subjetivo de aplicación.**

En relación con el ámbito subjetivo las normas de defensa de la competencia se aplican según la **Ley de Defensa de la Competencia**, el Art. 1 de esta ley regula las prácticas colusorias.

Es preciso aclarar que cuando se habla de empresa, en este ámbito, el término empresa no se utiliza en un sentido estricto sino que este término se está utilizando en un sentido amplio que asemeja en un sentido de operadores económicos. Dentro de este término empresa se incluirán las sociedades anónimas limitadas, mercantiles etc, pero también son destinatarios de las normas de defensa de la competencia otras figuras asociativas como asociaciones de empresarios o Colegios Profesionales.

Lo determinante es que estas asociaciones actúen el mercado y que desde ese punto de vista afecten a la competencia que es lo que estamos defendiendo. Esto nos lleva a que también hay personas físicas que pueden ser destinatarios de las normas de defensa de la competencia.

En relación con el ámbito subjetivo de aplicación comentar el tema de los **Grupos de Sociedades**, grupos formados por distintas sociedades con una sola unidad de dirección.

Las normas de defensa de la competencia no consideran el grupo como una empresa así los destinatarios de las normas son las empresas que forman el grupo. Esto tiene mucha importancia sobre todo en el tema de las prácticas colusorias ya que se puede considerar que si las empresas del grupo toman acuerdos entre ellas están llevando a cabo prácticas colusorias. Se ha acuñado el término **privilegio de grupo** que significa que como los grupos se comportan en el mercado como una unidad se considera una unidad al grupo en su conjunto y se les exime de esa regla general de que si hacen un acuerdo no se tomará como práctica colusoria. El concepto de empresa a la hora de aplicar las normas de la competencia se aplica al grupo.

Otro punto a comentar con respecto a este ámbito subjetivo de aplicación es el de las empresas públicas hay que tener claro que si las empresas públicas actúan en el mercado si se les aplicarán las normas de defensa de la competencia., ya que el concepto de empresa que se utiliza es un concepto económico y por eso no se debe eximir a una empresa que actúa en el mercado sea pública o privada. El reflejo más claro son estas empresas públicas.

- **Las conductas prohibidas. Autorizaciones.(prácticas colusorias)**

Art. 1.1 de la Ley de la Defensa de la Competencia y Art. 81 del Tratado de Roma.

Es una norma prohibitiva claramente taxativa.

Tipos de conductas.-

Hay tres tipos de conductas colusorias: **Los acuerdos, Las decisiones o recomendaciones colectivas y las prácticas concertadas o conscientemente paralelas.**

Las prácticas colusorias pueden revestir cualquiera de estas tres formas que tienen en común el elemento de concertación (colusión) que consiste en ponerse de acuerdo de una manera u otra para actuar de manera coordinada. Veremos alguna distinción.

Los acuerdos.-

Es el primer tipo que se prohíbe. Es la práctica concertada donde la concertación es un acuerdo de voluntades

que claramente confluyen para acordar un curso de acción común, este término acuerdos incluye los contratos.

Los acuerdos no se limitan a los contratos y dentro de ellos estarían los pactos entre caballeros o pactos más informales que pueden ser incluso orales y que también estarían prohibidos.

Las decisiones o recomendaciones colectivas.-

Estas decisiones se refieren a los acuerdos que se toman en el seno de una asociación de empresarios. Si estas asociaciones emiten circulares a sus socios en la que se dan instrucciones contrarias a la competencia se englobarían aquí. Estas decisiones o recomendaciones da igual que sean obligatorias o voluntarias para considerar que están dentro de este tipo de acuerdo.

Prácticas concertadas o conscientemente paralelas.-

En esta tercera modalidad es donde el grado de concertación es menor y se utiliza como tipo residual cuando la concertación no entra en ninguno de los dos tipos anteriores. Cuando la práctica colusoria no es un acuerdo ni una recomendación sino que el grado de concertación es menor, cuando en el mercado hay unas cuantas empresas que se comportan igual.

Se trata de una cuestión problemática en aquellos mercados de tipo oligopolístico que es en el que hay pocos operadores económicos. La teoría económica ha demostrado que es frecuente una cierta imitación, por eso, en este tipo de mercado es difícil saber cuando hay una concertación o saber si lo que sucede es que la concertación se debe al funcionamiento del mercado oligopolístico.

Dentro de estas prácticas sabemos que una cosa son prácticas concertadas y otra son prácticas conscientemente paralelas. La diferencia estriba en que el grado de concertación es más débil. En ambos casos el concepto en que se compara para ver si existe colusión son las conductas explicables por el funcionamiento del mercado.

Estas prácticas para estar prohibidas han de tener un impacto negativo sobre la competencia. Así se recoge en el Art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En qué consiste este impacto.-

- Impedir la competencia
- Restringir la competencia.
- Falsear la competencia.

Estas prácticas colusorias no tienen necesariamente que producir ese efecto sólo con que puedan producirlo ya están prohibidas. Y sólo con una de las causas ya que no son acumulativas.

Características.-

La prohibición tiene un ámbito territorial. El impacto tiene que producirse en todo o en parte del territorio nacional.

Las prácticas colusorias se pueden dar tanto en una relación vertical como horizontal.

Qué quiere decir vertical y horizontal.-

Los mercados están siempre en cadena. Si tomamos una empresa que se dedica a una actividad X, tendrá otra empresa Y proveedora y otra u otras Z distribuidoras. Como la empresa X habrá otras empresas X1, X2 etc

que se dediquen a la misma actividad.

Acuerdo vertical es el que se produce entre empresas que están en distintos niveles del proceso productivos o sea entre X, y o Z. Acuerdos horizontales son los que se producen entre empresas del mismo nivel en el proceso productivo o sea entre X1,X2 etc.

Esto es importante porque los acuerdos horizontales son claramente nocivos para la competencia y están considerados muy negativamente por las normas de defensa de la competencia.

Los acuerdos verticales pueden ser justificados desde el punto de vista económico, benéfico social, aumento de redes de distribución etc., por eso están considerados con más benevolencia.

En el Art. 1.7 hay una lista de conductas prohibidas. Esta lista es meramente ejemplificativa, son sólo ejemplos de cosas prohibidas que no agotan el catálogo de prácticas colusorias. Las prácticas de esta lista son las más frecuentes.

La sanción.-

Art.1.2.- La más grave esta de la ley tantas veces mencionada que establece una sanción de nulidad. Nulidad de pleno derecho. Si se piensa que los acuerdos pueden ser contratos veremos la gravedad de esta sanción, bien es cierto que la nulidad puede, sólo, afectar a ciertas cláusulas del contrato.

Art. 9.- Son las intimaciones del tribunal. El tribunal exige a las partes que cesen en esa actividad y les puede exigir la remoción de los efectos producidos por la conducta prohibida.

Art. 10.- Multas sancionadoras.

Art. 11.- Multas coercitivas que se imponen por días según se tarde en aplicar la sanción.

La regla de minimi.-

Art. 13 de la Ley de Defensa de la competencia. Se contempla una regla de cierre de la prácticas colusorias y consiste en que se considera que cuando los acuerdos no afectan significativamente a la competencia, estos acuerdos pueden no ser examinados o castigados por el tribunal, lo que no significa que no estén prohibidos.

Autorizaciones.-

Consiste en autorizar ciertas prácticas. Solamente se dan en relación con las prácticas colusorias. No con la otras prácticas.

Son procedimientos para tolerar prácticas colusorias que estarían prohibidas según el Art. 1 pero que por sus efectos positivos se considera que pueden realizarse.

Precisamente porque se trata de admitir algo que está prohibido por ley sólo se conceden en supuestos muy concretos

Hay dos sistemas de autorizar las prácticas colusorias:

- Autorizaciones singulares.
- Exenciones por categorías.

Autorizaciones singulares.-

Son autorizaciones que se conceden por el Tribunal de la Defensa de la Competencia para una práctica concreta previa solicitud de las partes que la realizan. Sólo se puede conceder si la práctica cumple ciertos requisitos establecidos en el Art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia. En este artículo 3 se ven dos sistemas de autorización singular.

Sistema general.–

Lo encontramos en el Art.3.1 y es el sistema general de la autorización singular. Cualquier práctica que cumpla sus requisitos puede ser autorizada. Hay cuatro requisitos, los dos primeros positivos y los otros negativos:

- La conducta mejora la producción o la comercialización de bienes o servicios o promueve el progreso técnico o económico.
- Que los consumidores puedan participar de esos efectos beneficiosos de la práctica.
- La conducta no puede imponer restricciones que no sean indispensables para alcanzar los objetivos beneficiosos.
- Que la conducta no elimine la competencia en una parte sustancial del mercado ya que si la elimina aunque tenga efectos beneficiosos no se autorizará.

Si una conducta cumple estas cuatro, son acumulativas, condiciones, se autorizará.

Sistema para conductas concretas.–

Lo encontramos en el Art.3.2 aquí se establece que ciertas conductas concretas puedan ser autorizadas cuando estén justificadas por la situación económica general y el interés público. Se detallan tres conductas concretas:

- Prácticas promovidas a promover las exportaciones.
- Prácticas que produzcan la elevación del nivel socio económico de zonas deprimidas.
- Conductas que no afecten de manera significativa a la competencia.

Exenciones por categorías.–

Es un mecanismo de autorización que se distingue por que es para grupos, categorías de acuerdos. Se refiere a tipos de prácticas colusorias que son muy frecuentes en el mercado y que se hacen por los operadores porque son muy beneficiosos desde el punto de vista económico y precisamente por ello son conductas que deben ser autorizadas y que probablemente pasarían el examen de autorización singular pero como son muy frecuentes y por un tema administrativo se establece un mecanismo que intenta evitar la autorización singular. Por eso se elaboraron en la UE una serie de reglamentos que se refieren a determinadas categorías de acuerdo que pueden automáticamente autorizarse.

Todos estos reglamentos tienen estructura similar y se trata por ejemplo de las franquicias. En los reglamentos hay una lista negra de cosas que no se pueden hacer y se suele establecer una lista de cosas que pueden ser admitidas. Cualquier acuerdo que cumple el contenido de ese reglamento, es decir, que no contenga nada de esa lista negra, se entiende automáticamente autorizado. El más importante es el RTO. Sobre acuerdos verticales 2970/99 en materia de distribución.

• Prácticas abusivas.–

Se regulan en el Art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y en el Art. 82 del Tratado de Roma.

Así como en las prácticas colusorias la regulación del Art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia es igual que la del Art. 81 del Tratado de Roma, entre el Art. 6 de la LDC y el Art. 82 del Ttdo de Roma hay

diferencias.

En el Art. 82 del Ttdo de Roma sólo hay una práctica abusiva que es el abuso de posición dominante mientras que en el Art. 6 de LDC hay dos practicas:

- Abuso de posición de dominio.
- Abuso de una situación de dependencia económica. Este supuesto se introdujo en la reforma de 1999 de la Ley de la Defensa de la Competencia.

Abuso de posición dominante.-

El Art. 6.1 de la LDC tiene dos elementos:

- La empresa cuya conducta examinamos tiene que tener una posición dominante , pero esto por sí mismo no está prohibido.
- Lo que está prohibido es el abuso de esa posición dominante.

Para comprobar si una conducta infringe el Art. 6.1 tendremos que examinar si existe una posición dominante, para ello lo primero que hay que hacer es definir el mercado dominante en ese caso y esta definición marca el que una empresa tenga o no posición dominante. El mercado se define según el producto y según el territorio.

Lo siguiente después de definir el mercado es ver si existe posición dominante lo que no está establecido en ninguna norma. Hay una definición elaborada por el Tribunal de Justicia de la UE y hace hincapié en la posibilidad de la empresa de comportarse con independencia respecto de sus competidores y consumidores. Se pone el acento en la independencia ya que esta posibilidad denota que no se sufre presión competitiva. Esto se mide mediante la cuota de mercado y la existencia de competencia potencial.

Después de hacer esto sabremos si en ese mercado definido la empresa en cuestión tiene posición dominante. Si es así se verá si ha abusado de esa posición.

El abuso de posición dominante tampoco está definido legalmente. Existe un concepto jurisprudencial de abuso elaborado por el TJUE. Este concepto dice que el abuso es un concepto objetivo que se refiere a una conducta consistente en competir por medios distintos a la eficiencia y méritos propios de los operadores económicos. El competir según los propios medios y eficiencia se considera el parámetro normal

Abuso de una situación de dependencia económica.-

Hay dos elementos que demostrar Art. 6.1b LDC.

- La existencia de una dependencia económica por parte de la otra empresa.
- El abuso de esa dependencia.

Aquí se prohíbe la explotación abusiva de una situación de dependencia económica.

Existencia de una dependencia económica por parte de la otra empresa.-

La LDC lo que dice es que los requisitos son:

- Que la víctima de la dependencia esté en una relación vertical con la empresa que abusa (la dependencia económica se da en una relación vertical).
- Existe una definición legal de lo que es dependencia económica que es la existencia de una alternativa equivalente. La equivalencia se mide según dos conceptos:

- **Suficiencia.**– Se refiere a las cantidades que me venden o me compran.
- **Razonable.**– Que se refiere al coste, es decir, que yo soy dependiente de Mercadona si no tengo otro sitio para distribuir mis productos y si estos sitios no son suficientes o no me producen beneficios bastantes.

Presunción legal de dependencia.–

Art. 6.9 LDC, se presume que existe dependencia económica cuando un proveedor le concede a su cliente ventajas adicionales que no concede a otros clientes en ese ramo.

Abuso de la dependencia económica.–

En el Art. 6.2 de la LDC hay una lista de prácticas abusivas que es ejemplificante. Si la práctica encaja aquí está prohibida.

Sanción.–

No existe la sanción de nulidad como en las prácticas colusorias. Se imponen Intimaciones, multas sancionatorias y multas coercitivas.

Las prácticas abusivas no se autorizan nunca. Un abuso no se puede autorizar. Tampoco tienen regla de mínimos ya que esta implica acuerdos de menor importancia y da igual la importancia económica que tengan

• **Las concentraciones de empresas.**–

Art. 14 LDC que pretende que no se vulnere la competencia mediante el procedimiento de fusiones para copar más mercado. No están prohibidas pero tanto la legislación española como la europea lo que hace es controlar estas concentraciones cuando tenga importancia para el mercado.

Cuando las empresas pretendan una concentración cuya cuota equivalga a más del 25 % del mercado, la concentración será significativa y se establece un mecanismo de control y se debe comunicar al Ministerio de Economía o a la Comisión Europea en su caso.

En España el Servicio de Defensa de la Competencia es un órgano del Ministerio de Economía y Hacienda. El Tribunal de defensa de la Competencia está nombrado por el Gobierno y durante un plazo de tiempo es inamovible. Suele estar formado por expertos en la materia y son los encargados de vigilar que los supuestos que la ley prohíbe no se produzcan. Son los que ponen las condiciones de las fusiones.

• **Las ayudas públicas.**–

Art. 19 LDC y normas europeas.

Si un Estado o CA o Ayuntamiento otorgan ayudas directas o indirectas a unas empresas y no a todas están primando a alguien contra alguien, están alterando las normas de mercado. La ayuda pública no está prohibida ya que en algún caso puede ser útil el apoyo a determinados sectores.

Hay un control sobre el cómo, cuándo, porqué y para qué una ayuda pública por los mismos organismos que anteriormente se han visto y que pueden declarar que la ayuda es ilegal y se tiene que devolver. Las ayudas públicas no se pueden hacer con criterio arbitrario y sin control.

4.– Órganos para la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia. Procedimientos.–

Ya se han esbozado en las dos últimas cuestiones.

El tribunal de la competencia es un órgano administrativo, no es un tribunal judicial al uso y no emite sentencias. Sus decisiones se llaman resoluciones y son recurribles ante la JCA.

Las resoluciones incluyen multas o devoluciones por parte de los beneficiarios de ayudas.

El procedimiento es muy flexible y poco formalista.

Los expedientes empiezan siempre por el Servicio de Defensa de la Competencia. Si el Servicio considera que hay razones eleva el asunto al tribunal.

MERCANTIL I.- TEMA VII.-

LA COMPETENCIA DESLEAL Y DERECHO DE LA PUBLICIDAD.-

1.- Concepto, características, normas reguladoras y ámbito de aplicación.-

Se regula en la Ley 3/1991 de 10/1 de Competencia desleal. No estamos aquí ante la estructura de un acuerdo sino que hablamos de las conductas que la empresa ha de observar cuando se mueva en el mercado.

La empresa debe competir pero con unos criterios de conducta. Debe acatar la Ley por eso hablamos de conductas desleales en la competencia.

De no existir la Ley de competencia desleal nos tendríamos que ir al Art. 1902 CC **El que por acción u omisión interviniendo culpa o negligencia, causare daño a otro está obligado a repararlo.** En el caso de comerciantes hablaríamos de ***Daño emergente y lucro cesante***.

La LCD es similar en todos los países e nuestro entorno ya que procede de directivas europeas. No trata de normas penales aunque puede ocurrir. Son sanciones civiles de indemnización o de reproche.

Tener en cuenta que todo el mecanismo de la LCD no sólo defiende a los empresarios frente a la conducta de otros empresarios, se trata de defender el mercado tanto en la oferta como en la demanda y por tanto defender, también, a los consumidores.

Ámbito de aplicación.-

Finalidad.-

En el **Art. 1 LCD** vemos que el ámbito de la ley es la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado.

Ámbito objetivo.-

En el **Art. 2** vemos que la LCD sólo se aplica en los actos de mercado. Se presume la finalidad concurrencial. Un acto es competitivo no por el resultado que produce sino porque sea objetivamente idóneo para promocionar mis productos (un comerciante tiene derecho a quedarse con todo el mercado siempre que cumpla la ley).

Observar que el daño no es un requisito sólo se ha de demostrar que el acto está prohibido por la Ley. No es necesario el dolo o la culpa. No es necesario que el otro tenga intención de dañarme. No obstante el dolo tendrá importancia para la exigencia de daños y perjuicios.

Ámbito subjetivo.-

Art. 3 LCD nos dice que esta Ley será de aplicación a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado.

2.- La cláusula general prohibitiva de actos de competencia desleal.-

Desde el Art. 5 al 17 que componen el Capítulo II, la Ley enumera el listado de conductas desleales.-

Cláusula general.-

En el Art. 5 se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. Si la conducta que practica el empresario aunque puede ser cambiante, con arreglo a los modos del momento, se sale de esos modos, eso puede ser ya una conducta desleal.

3.- Tipos de actos de competencia desleal.-

Actos de confusión y de imitación, Arts. 6,11 y 12.-

Estamos ante actos de un competidor que puede confundir a los consumidores o que estén imitando a productos de otro.

Actos de confusión.-

Si vemos **el Art. 6 habla de Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión...**, pero esto no quiere decir que las cosas no pueden parecerse. El riesgo de confusión de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para considerar la práctica como de conducta desleal. No se sanciona ni el daño efectivo ni la intencionalidad, se sanciona la posibilidad de confusión.

Actos de imitación.-

En **el Art. 11** se dice textualmente **La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley.**

Entonces diremos que se permite salvo que el copiado esté amparado por un derecho de marca, patente etc. El derecho de exclusiva sobre la propiedad industrial o intelectual.

Cuando la imitación resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores (publicidad parasitaria). Si la imitación es de tal entidad que el consumidor se puede confundir o el fabricante no pone nada nuevo y sólo se aprovecha del esfuerzo ajeno estaríamos ante un caso de competencia desleal.

A veces, el riesgo de asociación es inevitable al admitir la imitación y esto excluiría la deslealtad de la práctica.

Hay un tercer caso de imitación que sería considerado como competencia desleal y es el de la imitación sistemática encaminada a impedir u obstaculizar que el competidor se establezca en el mercado.

Explotación de la reputación ajena.-

Art. 12 LCD, consiste en aprovechar el prestigio de otro en beneficio propio o ajeno.

Para resumir los Arts. 11 y 12, diremos que estos actos de competencia desleal son los más complicados de determinar. La idea general es que la imitación es libre, por tanto, la excepción es restrictiva a esta idea, salvo

que ese bien esté protegido, todo lo demás lo podemos copiar.

El derecho de exclusiva es el derecho de propiedad industrial y los derechos de propiedad intelectual, pero no son derechos de propiedad absoluta, para toda la vida, y por tanto, son temporales, se otorga el derecho de exclusiva para fomentar el desarrollo, la cultura, etc.

Se debe matizar algo, existen determinados bienes cuyas inversiones son tan altas que aunque no estén protegidos con derechos de exclusiva, el que copia, realiza un acto de competencia desleal. Ej. Los olores no se pueden patentar. Por eso la utilización de la protección de la reputación ajena.

Actos de engaño.-

Art. 7 LCD. Se trata de la utilización o difusión de indicaciones falsas y la omisión de las verdaderas que puede constituir un engaño o la inducción a error, sobre la naturaleza, modo de fabricación, calidad o cantidad del producto.

Regalos o promociones de venta.-

Art. 8 LCD. No está prohibido es un medio de marketing. No son rebajas son ofertas, primas, regalos que no se compran.

Son prácticas desleales cuando ponen al consumidor en el compromiso de contratar por el regalo y no tenga más remedio que comprar la cosa lo que induce a error del nivel de precios. El coste de la ventaja no debe exceder del 15 % del valor del producto que en realidad se vende. Parece que de alguna manera se me obliga a contratar una cosa cuando yo quiero otra.

En la legislación del comercio minorista de 1996 se regulan los contratos especiales de ventas como las rebajas, saldos, ventas a domicilio etc.

En la ley del libro de los años 70 se prohibía el descuento por encima de un tanto por cien determinado esto se hizo para proteger a los libreros frente a las grandes superficies. En el año 2005 el precio de los libros quedará definitivamente liberalizado.

Actos de denigración.-

Art. 9 LCD. Si me insultan o me vituperan por temas relacionados con mi actividad mercantil estamos ante un acto de competencia desleal.

Esto a no ser que estemos ante afirmaciones que sean **exactas, verdaderas y pertinentes** es una especie de **exceptio veritatis**. Si lo que digo es exacto, verdadero y pertinente no habrá sanción.

Hay aquí una cuestión respecto a la pertinencia ya que no se estiman pertinentes las manifestaciones personales hacia el afectado tales como raza, sexo, religión, nacionalidad.

Actos de comparación.-

Art. 10 LCD. Se considera desleal la comparación pública cuando se refiere a extremos que no sean **análogos, relevantes y comparables**. También la comparación que sea engañosa o denigrante. Si yo comparo coches no puedo hacerlo entre un Mercedes y un Panda.

Violación de secretos.-

Arts. 13 LCD. Un empresario tiene secretos comerciales, industriales y métodos de fabricación.

No se está hablando de la propiedad industrial, se está hablando del **know how** (conocer cómo). Es algo que nace de la experiencia de la propia fabricación.

Se considera desleal la divulgación o explotación sin autorización del empresario de secretos a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con el deber de reserva que marca el ET. O, también, que se haya llegado al conocimiento del secreto ilegítimamente.

La ley no marca autorización expresa pero se entiende dada cuando el secreto se divulga y el afectado calla.

Inducción a la infracción contractual.-

Art. 14 LCD. La inducción a la infracción contractual dirigida a que los trabajadores, clientes o proveedores ajenos sólo será sancionable cuando tenga por objeto la divulgación o explotación de un secreto industrial o vaya acompañada de engaño o la intención de eliminar a un competidor del mercado.

Discriminación y dependencia económica.-

Art. 16 LCD. Se trata del tratamiento discriminatorio en materia de precios y demás condiciones de venta si no media causa justificada.

En cuanto a la dependencia económica ya veíamos en la LDC el tema de esta dependencia refiriéndonos al abuso de la posición de dominio. Se refiere al supuesto de grandes superficies que pueden tener la tentación de tratar a sus proveedores con abuso de su dependencia económica respecto a la gran superficie. Habrá que calibrar el grado de dependencia.

Competencia desleal por violación de normas.-

Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes cuando la ventaja es significativa. También estamos ante el caso de la simple infracción de una norma jurídica que regula el mercado.

En este caso de competencia desleal está todo el supuesto de economía sumergida. En cuanto a la infracción de la norma hablamos de normas de precios, de rebajas etc.

4.- Acciones y normas procesales contra la competencia desleal.-

Se regulan a partir del **Art. 18 de la Ley 3/1991** de LCD. El juez competente, a partir del 1/9/2004 será el Juez de lo Mercantil dentro de lo civil. Estos juzgados estarán en las capitales de provincia y en nuestra comunidad habrán 3 en Valencia, 2 en Alicante y 1 en Castellón.

El juzgado de lo Mercantil se ha creado en la nueva Ley Concursal del 7/2003 que entrará en vigor en el 9/2004. En los juzgados de lo mercantil habrá jueces especializados con competencia en pleitos en materia mercantil. La Ley Concursal enumera las materias de competencia de estos juzgados una de ellas es la competencia desleal y otra la publicidad.

Procedimiento.-

Según el **Art. 22 de la LCD** los procesos en materia de competencia desleal se tramitarán con arreglo a lo dispuesto en la LEC para el juicio ordinario cualquiera que sea la cuantía.

Acciones.-

Las enumera el **Art. 18 LCD** y son:

- Acción declarativa de la deslealtad del acto. Pido que se declare que el acto del demandado es un acto de competencia desleal.
- Acción de cesación del acto o de prohibición del mismo si aún no se ha iniciado.
- Acción de los efectos producidos por el acto.
- Acción de rectificación de las informaciones engañosas. Se deben rectificar en público y a costa del infractor.
- Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios. Debe ser un acto efectivo siempre que haya intervenido dolo o culpa que son necesarios para pedir daños y perjuicios. Daño emergente y lucro cesante.
- Acción de enriquecimiento injusto. Esto sólo en el caso de que exista derecho de exclusiva u otro de análogo contenido económico. Esta acción es distinta de la de daños y perjuicios ya que sólo se da por un derecho de exclusiva. No es que el comerciante que denuncia haya dejado de ganar es que el que le copió ha ganado y esa ganancia injusta es la que se reclama.

Legitimación activa.-

Art. 19. La tiene cualquier persona que participe en el mercado cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados. Se ha de tratar de un competidor o podría tratarse de un consumidor o grupo de consumidores que pueden plantear las acciones de los puntos 1 al 4 del Art. 18.

Legitimación pasiva.-

Art. 18. Las acciones del Art. 18 podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal o haya cooperado a su realización. La acción de enriquecimiento injusto sólo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento.

Prescripción.-

Art. 21. Las acciones de competencia desleal prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse, igual que en la responsabilidad civil extracontractual, y el perjudicado tuvo conocimiento de quien era el causante. En todo caso si transcurren tres años desde el momento que se realizó el acto.

5.- La publicidad ilícita y desleal.- Concepto y normas reguladoras.-

Se regula en la Ley 34/1988 General de Publicidad, de 11/11 Que es anterior a la LCD.

En su Título III regula los contratos de publicidad. En el Título II, Arts. 3 al 8 se habla de la publicidad ilícita.

Qué quiere decir publicidad para el Derecho Mercantil?.-

Artículo 2.- A los efectos de esta Ley, se entenderá por:

– **Publicidad:** Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.

– **Destinatarios:** Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance.

Estamos hablando de propaganda. Decir que no toda la publicidad está sometida a la Ley así:

- **La propaganda política** que se regula normalmente en la Ley Electoral.
- **La propaganda institucional** quedará al margen de esta Ley.
- **La publicidad informativa** no parece que se trate de una actividad ni de promover contratación el que se publicite que ha empezado la campaña de vacunación del tal o cual por ejemplo.

Hacer notar que sí se sujetaría a esta Ley la publicidad del sector público cuando esté en el mercado. También se aplica a los profesionales ya que habla de actividad artesanal o profesional.

Publicidad ilícita.-

A partir del **Art. 3** hablamos de publicidad ilícita así vemos que en sus distintos apartados se habla de ello:

- La publicidad que atenta contra la dignidad de las personas y derechos reconocidos en la Constitución.
- La publicidad engañosa.
- La publicidad desleal.
- La publicidad subliminal que es aquella en la que el que la percibe no es consciente de ello pero la imagen queda reflejada en su cerebro. En realidad este tipo de publicidad no se ha usado nunca ya que un creativo no se arriesga a gastar dinero en algo que no está demostrado que sea efectivo.

Publicidad engañosa.-

Art. 4 y 5 .

Artículo 4.- Es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor.

Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error a los destinatarios.

Los destinatarios no son sólo los competidores.

Determinación de la publicidad engañosa.-

Artículo 5.- Para determinar si una publicidad es engañosa, se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a:

1. Las características de los bienes, actividades o servicios, tales como:

- a) Origen o procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad y novedad.**
- b) Calidad, cantidad, categoría, especificaciones y denominación.**
- c) Modo y fecha de fabricación, suministro o prestación.**
- d) Resultados que pueden esperarse de su utilización.**
- e) Resultados y características especiales de los ensayos o controles de los bienes o servicios.**

f) Nocividad o peligrosidad.

2. Precio completo o presupuesto o modo de fijación del mismo.

3. Condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios.

4. Motivos de la oferta.

5. Naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante, especialmente en lo relativo a:

a) Identidad, patrimonio y cualificaciones profesionales.

b) Derechos de propiedad industrial o intelectual.

c) Premios o distinciones recibidas.

6. Servicios posventa.

Publicidad desleal. –

Artículo 6.– Es publicidad desleal:

a) La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades.

b) La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, y, en general, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.

c) La publicidad comparativa cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado

- Provoca descrédito o denigración.
- Induce a confusión ya que usa injustificadamente las marcas de otras empresas.
- Que sea contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas profesionales.

El Art. 6 bis introducido por la Ley del 28/10/02, desarrolla conceptos similares a los actos de competencia desleal. La comparación está permitida si es sobre cosas análogas, relevantes y comparables. Se habla en el 6 bis de la llamada publicidad en tono excluyente la mejor cerveza del mundo, publicidad exagerada, publicidad personal, el caso de los profesionales de cualquier medio que hacen publicidad sobre las excelencias de un determinado producto, esto no es publicidad ilícita.

No es necesario dolo o culpa. También es publicidad ilícita la publicidad en la que se omiten datos esenciales.

En cuanto a la publicidad encubierta es difícil de perseguir salvo que incurra n otros elementos.

6.– Las acciones y normas procesales contra la publicidad ilícita o desleal. –

En el Título IV de la Ley Arts. 25 y 26 se habla de la acción de cesación y rectificación de los procedimientos.

De la rectificación se habla en el Art. 27.

Cesación.-

Petición de que cese esa publicidad, lo que implica que debe estar en marcha. Se puede ejercer desde el comienzo hasta el final.

Rectificación.-

Petición de que se rectifique aunque ya haya acabado. Se puede ejercer esta acción hasta siete días después de finalizada la campaña publicitaria.

Se ha de requerir previo a la demanda al anunciante y esto pueden hacerlo los consumidores, Ayuntamientos u organismos autónomos. Este requerimiento debe ser por escrito.

El comerciante, tal como dice el Art. 27, está obligado a contestar en el plazo de 15 días si se trata de petición de cesación. Si se pide la rectificación debe de contestar en los tres días siguientes si va a rectificar o no. Todo esto para evitar el pleito posterior.

El hecho de la evitación del pleito, por este motivo, no excluye que se puedan pedir daños y perjuicios con arreglo al 1902 CC, o acciones procesales con arreglo al Art. 302 CP.

El juez competente el del juzgado de lo mercantil.

Prelación de normas.-

Las tres leyes que hemos estudiado LDC, LCD y la General de publicidad, pueden plantear el problema de cuál aplicar.

El Art. 7 de la LDC establece los asuntos de que conocerá el Tribunal de Defensa de la Competencia que será cuando el acto de competencia desleal sea entre comerciantes. También cuando la infracción afecte al interés público.

Pero una campaña publicitaria puede ser publicidad desleal o acto de competencia desleal y nos preguntamos qué ley escoger. En este caso los tribunales plantean que se citen todas las leyes aunque va a depender de lo que se pida en el suplico.

Hay tribunales que entienden que al amparo de que el Juez debe conocer todo el derecho, bastaría con un relato de los hechos y en fundamentos de derecho poner únicamente **el Ordenamiento Jurídico**. Tener siempre en cuenta poner claramente el suplico ya que la jurisdicción civil es rogado y por tanto el Juez sólo me dará lo que yo pida.

La parte de hechos tiene mucha importancia ya que si se logra que el otro admita un hecho esto hará prueba.

7.- los medios de autocontrol de la publicidad.-

En la publicidad hay organismos privados de autocontrol. Autocontrol S.A. es una sociedad que dirime los conflictos entre las empresas por publicidad sin llegar a los tribunales.

También está la negociación, estos temas no suelen llegar a los tribunales.

En el Art. 8 de la Ley de Publicidad se regulan las normas de respeto de la publicidad.

MERCANTIL I. – TEMA VIII. –

EL DERECHO INDUSTRIAL O DE LOS BIENES INMATERIALES. –

1. – Concepto, características, normas reguladoras y ámbito de aplicación. –

Recibe diversos nombres, le llaman derecho industrial o de las creaciones industriales. Se trata de cómo protege el DM las creaciones de la mente del ser humano que tienen alguna aplicación en la actividad económica de las empresas.

En este grupo no se incluirán aspectos que podríamos llamar descubrimientos científicos ya que algunos de estos no pueden tener aplicación industrial es lo que se ha dado en llamar investigación pura.

La propiedad intelectual que también es objeto de negocios no tiene una aplicabilidad industrial directa.

El DM entra en el campo de los inventos.

Estos inventos los clasificamos en invenciones de fondo de un nivel superior y un segundo nivel que podríamos llamar ornamentales o estéticos.

Son las patentes de invención y modelos de utilidad, invenciones o creaciones de la mente humana ornamentales o estéticas lo que llamaríamos diseño industrial, todo esto es el campo de regulación del DM.

Así hablaríamos de :

- Patentes de invención.
- Modelos de utilidad.
- Diseño industrial.

Además está la propiedad intelectual que no es estrictamente DM.

Normas reguladoras. –

En Europa tenemos el Convenio sobre las patentes europeas del 73 llamado tratado de Munich que es la ciudad donde radica la oficina. En este convenio participan países que no son de la UE. Esto significa que se puede ir a Munich y patentar y esta patente surtirá efecto en los países firmantes y en cada país estará protegido por la leyes de ese país.

La jurisdicción del Tribunal europeo es igual para todos los países de la UE que está elaborando un reglamento de patentes comunitario.

A nivel mundial está el Tratado de Cooperación en materia de Patentes con oficina en Wassintong PCT que establece un procedimiento internacional en materia de patentes.

En España la ley 11/1996 del 22/3 de Patentes que ha sido modificada últimamente en fecha 4/2002.

2. – La protección de las invenciones. Concepto y normas reguladoras. –

Las patentes de invención y los modelos. –

Están regulados por la Ley 11/1986 de 22/3 de Patentes que ha tenido múltiples modificaciones. La última del 4/2002. se trata de que todo el progreso técnico se ha dado a base de avances que han supuesto cambios en los

mercados.

El Derecho ante los cambios producidos por los inventos puede tomar dos actitudes bien que el Estado se atribuya la propiedad de lo inventado o bien se establece un sistema privado que premia al inventor y le otorga derechos y le pide que haga público el invento para que haya un beneficio colectivo. El beneficio que se da al inventor será temporal.

Estas dos reglas han configurado el derecho industrial y el derecho de la propiedad intelectual.

Todo el derecho de patentes se mueve en el equilibrio de beneficiar el progreso técnico y conceder un derecho de exclusiva para el inventor.

Qué es una patente de invención.-

Se define la invención industrial como aquello que es **nuevo**, que implica una **actividad inventiva**, nivel de invento y que puede ser **aplicable en la industria**.

La patente es objeto de propiedad inmaterial que se puede vender, usufructuar, hipotecar etc. Estos bienes inmateriales son objeto de negocios jurídicos que se inscriben en la Oficina de Patentes y Marcas que tiene el efecto de proteger al inventor contra terceros

3.- Requisitos de patentabilidad.- Procedimientos de concesión de la patente.-

La patente es un término que equivale a título, certificado que da el Estado que acredita a un inventor que ha realizado un invento con novedad, nivel inventivo y aplicabilidad industrial requisitos que recoge el Art. 4 de la Ley 11/96.

Novedad.– El Art. 6 de la ley dice al respecto que novedad de un invento es cuando no está comprendido en el estado de la técnica lo que supone el criterio de novedad absoluta en España o en cualquier sitio del mundo.

Actividad inventiva.– Art. 8. si aquella resulta del estado de la técnica para un experto en la materia. Se debe considerar que hay un nivel de avance.

Susceptible de actividad industrial.– Art. 9. el objeto debe poder ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria incluida la agrícola.

Se puede inventar un producto o un procedimiento.-

Cuando hablamos de patente de producto, hablamos por ejemplo de un medicamento. Cuando hablamos de inventar un procedimiento hablamos de que el producto puede ser conocido pero lo que se patenta es un nuevo procedimiento de fabricarlo. El Art. 4 incluye los procedimientos en materia biológica.

Procedimientos de solicitud y de obtención de la patente.-

Art. 21 dice los documentos que se han de aportar.

Aparte de la instancia se ha de hacer una descripción del producto acompañada de dibujos suficientes para entender el producto o el procedimiento. Además se debe indicar para qué el producto o para qué ese procedimiento.

Se presenta en la Oficina Española de Patentes y Marcas. En nuestra Comunidad el INPIVA que sólo recoge la documentación no decide si se trata de un invento o no. En el documento se hace constar la fecha y la hora

de presentación en la que se hizo la solicitud ya que la prioridad ante un caso de conflicto la marcará esa hora y minuto.

La descripción es muy completa viene en el Art. 25 que dice que si se trata de materia biológica se debe depositar para su conservación en un centro autorizado. Las reivindicaciones del Art. 26 definen el objeto para el que se solicita.

Procedimiento de concesión.-

Existe el **procedimiento general** del Art.30 y el **procedimiento con examen previo** que se regulan en los Arts. 39 y 40.

Los litigios se resuelven en el Tribunal Contencioso Administrativo. El motivo de haber dos procedimientos es porque se pueden conceder una patente sin profundizar demasiado y a esto se le llama **patente débil**. El certificado puede ser discutido por otro que discutirá sobre la aplicabilidad, novedad o nivel. Se solicita de otros registros si existe o no una patente lo que determina la novedad. Puede ocurrir que alguien se presente en el Registro de la Propiedad Industrial y se oponga aduciendo que tiene registro anterior.

Entonces se empezó a pensar en un examen más profundo y eso es lo que la ley llama **examen previo**.

Si el inventor lo solicita puede pedir el examen previo que requiere una investigación aún más exhaustiva para ver si está registrado en alguna parte del mundo. Así se obtendrá una patente fuerte, esto es lo que se hace en Alemania o en Estados Unidos. En España está generalizado este último examen, examen previo. A este examen previo también se pueden oponer otros titulares que entiendan que se ha concedido mal.

Qué cosas no se pueden patentar.-

En los Arts. 4.4 y 5 se dice lo que no puede patentarse. No se consideran invenciones las cosas no nuevas o las no patentables lo que no quiere decir que no estén protegidas. Así no son patentables:

- Los descubrimientos científicos.
- Las teorías científicas.
- Los métodos matemáticos.
- Obras literarias, estéticas, musicales etc.
- Métodos para el ejercicio de actividades intelectuales.
- La forma de presentar una información (transparencias).

Todo lo anterior está protegido por la Ley de propiedad intelectual.

El Art. 5 añade, las inversiones que sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres pero no se considera como tal la explotación de una invención por el mero hecho de que estén prohibidas por la ley. En particular no se consideran patentables la clonación de seres humanos, la modificación de identidades genéticas, la utilización de embriones humanos con fines industriales. Tampoco son patentables las variedades vegetales o las razas animales obtenidas por experimentación genética. Tampoco los procedimientos esencialmente biológicos que son los que consisten íntegramente en el cruce o la selección. No se puede patentar el cuerpo humano así como el simple procedimiento incluida la secuencia genética.

Hay supuestos en estos dos artículos que sean o no inventos, sean o no nuevos o tengan o no aplicabilidad industrial no son patentables, algunas están protegidos por otras normas.

En el Art. 4.6 se dice que no son patentables los métodos de diagnóstico, medios o tratamiento quirúrgico pero sí los productos, sustancias y aparatos utilizados.

4.- Contenido del derecho derivado de la patente.-

Este título concede un derecho de exclusiva que la ley regula desde los Arts. 49 al 62.

Art. 50.- Decir primero que aquí no hablamos del derecho a la propiedad como en el Art. 348 del CC, derecho de goce y disfrute, aquí se trata mas bien del derecho de impedir que otro invada mi exclusiva. Impedir a cualquier tercero que utilice el producto o el procedimiento, esto durante el periodo de 20 años y siempre que se cumplan las condiciones que la ley estipula. Después será de dominio público.

Art. 61.- Nos completa la cuestión anterior. El derecho del titular de la patente es un derecho absoluto según el Art. 50, sin embargo como todo derecho a la propiedad no lo es y así los Arts. 53,54,44,56 y 57 hablan de restricciones.

Restricciones.-

Art. 53.- Regula el **agotamiento** del derecho de la patente donde hay un punto en que el propietario de la misma no puede impedir algunas cosas. Si alguien de buena fe había explotado antes sin ser titular de patente podrá seguir con la explotación o venta.

Agotamiento del derecho de patente.-

Si se tiene un derecho exclusivo una vez que el producto se haya introducido en el mercado ya no se pueden impedir las ventas posteriores. Esto es el agotamiento del derecho de patente que es un concepto de la UE de manera que no se produce un agotamiento español sino europeo. Esto no es lo mismo en la propiedad intelectual. El inventor está obligado a introducir el invento en el mercado ya que si no lo hace la patente caduca.

Límites.-

La patente tiene una limitación **temporal**, una limitación **objetiva** (reivindicaciones) y una limitación **territorial**. La patente se puede pedir en el ámbito español, europeo o mundial.

No confundir con el registro de una marca cuyo derecho es para toda la vida. Veremos que los derechos del diseño son para cinco años y las patentes para veinte.

Si un producto no esta protegido en un país determinado cualquiera lo puede explotar incluso alguien lo podría patentar.

5.- La transmisión de los derechos sobre las patentes.

El inventor tiene derecho a la patente. Derecho que puede ser objeto de tráfico. Si el que ha inventado no registra y otro se le adelanta se verá perjudicado según el Art. 10 y ss. que hablan de la protección registral.

Invenciones laborales.-

Son los inventores que pertenecen a un centro público de investigación. Se regula en los Arts. 15 y ss. Hay un conflicto entre el centro que ha pagado al investigador para que invente y el inventor. También en el caso de que un trabajador de estos centros o de empresas que tienen equipos de investigación inventa algo por casualidad. También en el caso de que un trabajador de este tipo invente algo fuera de las horas de trabajo valiéndose de los conocimientos que ha adquirido en su trabajo.

Obligación de explotar la patente.-

En el Art. 83 se habla de lo que la ley llama **licencias obligatorias de patentes**. La patente tiene que explotarse en el mercado y si no se hace así ocurrirá que la Oficina española de Patentes y Marcas hará que ese derecho de exclusiva se ceda a otro que lo va a explotar, esto es lo que se llama **licencia obligatoria de patentes**. Si después de tres años el que tiene la patente no la explota, bien por sí mismo o por autorizado, la Oficina de Patentes iniciará este procedimiento.

Se establece un mecanismo por el que se puede buscar comprador bien por parte del mismo inventor o por parte de la oficina de patentes que pone la patente a subasta.

El término licencia significa que el que ahora explota no es el inventor sino alguien que ha contratado con el titular para que le ceda el derecho de explotación. Se hace un contrato mediante escritura pública y se inscribe en la Oficina de Patentes. Al precio que se paga se le llama Royalty, Canon o Precio.

Si una persona ha adquirido por licencia está legitimada para impedir que otros ataquen la patente.

6.- Acciones y normas procesales en defensa de la patente.-

Se recogen a partir del Art. 62 y hablamos de acciones de cesación, de indemnización de daños y perjuicios tanto de daño emergente como de lucro cesante, el embargo de la ley de los objetos producidos sin autorización. Se pueden pedir medidas cautelares. La competencia en los nuevos juzgados de lo mercantil de cada capital de provincia.

Decir que existen los Agentes de la Propiedad Industrial que son Licenciados, o Ingenieros que sufren un examen y que además de depositar unos avales para el ejercicio de su actividad han de tener un importante seguro de responsabilidad civil.

7.- Los modelos de utilidad.-

Aparecen en la Ley de patentes. Se trata de una invención de fondo con un nivel de inventiva menor.

Se recogen a partir del Art. 143 y la ley dice que serán protegibles como modelos de utilidad las invenciones que siendo nuevas y aplicado cierto nivel inventivo consistan en dar a un objeto una configuración, estructura o constitución de la que resulte una ventaja ciertamente aplicable para su uso o fabricación.

Ese nivel inventivo está ligado a dar a un objeto una estructura de la que resulte una ventaja para su uso o fabricación (Abrelatas eléctrico, plancha de vapor etc. Mil)

El modelo de utilidad se concede más fácilmente. Se protege durante diez años y se registra en la Oficina de Patentes y Marcas y se puede transmitir igual que las patentes.

8.- La protección del diseño industrial.-

Es el último escalón de la invención. El diseño industrial bidimensional o tridimensional es una creación de la mente humana. Consiste en algo formal, estético de apariencia externa, (diseño de moda, muebles etc). En España esta materia se llamaba Modelos y Dibujos Industriales, un dibujo es bidimensional y el modelo es tridimensional esto es un prototipo. Ahora se habla de diseño industrial. La Ley 20/2003 de 7/7 de Protección Jurídica del Diseño Industrial que procede de una directiva del 1998 regula el diseño industrial en España.

Ha habido un Reglamento de la UE del 2001 sobre diseño en Europa.

Definición.-

Se concibe como un tipo de innovación formal referido a características de apariencia del producto en sí o de su ornamentación. También se puede proteger mediante la propiedad intelectual. El Art.1 así lo define. Se trata de una invención de forma que permite aplicación a la industria con apariencia externa diferente.

Requisitos del diseño industrial.-

- Novedad.
- Carácter singular.

Novedad.-

El Art. 6 de la Ley 20/2003 considera que un diseño es nuevo cuando ningún otro diseño idéntico haya sido hecho accesible al público.

Carácter singular.-

Se considera carácter singular cuando la impresión general que produzca en el usuario informado difiera de la impresión general producida en dicho usuario cualquier otro diseño que sea público en la fecha. No todo lo que se llama diseño lo es. Las cuestiones de moda se registran como propiedad intelectual y cuando se trata de fabricar en serie suelen ir a diseño industrial.

Protección y registro.-

Se registran en la Oficina de Patentes y Marcas sección diseño industrial. El derecho protege durante cinco años prorrogables en periodos sucesivos de 5 hasta los veinticinco años, periodo en el que el que ha registrado puede dirigirse contra el que ha copiado. Los derechos se renuevan mediante el pago de tasas. El resto de protección son parecidos a los de la patente. Las acciones son de cesación y de indemnización de daños y perjuicios.

No hay obligación de explotación por parte del diseñador por lo tanto el derecho no caduca por el no ejercicio.

9.- La protección del secreto industrial y del know how.

Si el diseño industrial no se registra estamos ante estas figuras que se protegen mediante la LCD. Son tecnologías, modos de hacer que se mantiene en secreto y que al no estar registradas sólo se pueden proteger mediante la LDC.

Esta nueva tecnología que no tiene nivel de invento puede ser objeto de negocios jurídicos, contratos de transferencia de tecnología, venta del saber hacer que es muy útil a los países en vías de desarrollo.

MERCANTIL I.- TEMA IX.-

EL DERECHO INDUSTRIAL O DE LOS BIENES INMATERIALES II.-

1.- Fuentes normativas reguladoras de los signos distintivos. La protección internacional y en la unión europea.-

El Reglamento de la UE de 29/12/93 posteriormente modificado regula la **marca comunitaria** y crea la **Oficina de Armonización del Mercado Interior OAMI** que regula las marcas, los diseños y los modelos industriales. La OAMI tiene su sede en Alicante . Este sistema coexiste con el sistema nacional de protección con lo que se han creado no pocos problemas prácticos. Los Arts 84, 85, 86 de la ley 17/2001 de Marcas que recoge la autoridad de la OAMI.

Además de esta protección Comunitaria tenemos la protección internacional que tiene su referencia en la Unión de París de 1883 y sus modificaciones posteriores en la que existe un Nomenclátor internacional que es el que se aplica en España. Tiene cada una de estas instancias, la nacional, la de la UE y la de París una inscripción distinta.

2.- Los signos distintivos. Función y clases.-

Signo distintivo es todo aquello que un fabricante utiliza como instrumento de diferenciación en el mercado para aumentar sus ventas y que lo distingue y diferencia de otros y que le da un marchamo, no sólo de procedencia sino de calidad del producto, como consecuencia el comerciante no sólo venderá más sino a más precio.

El signo distintivo no es una creación de la mente humana, se trata de un signo que identifica determinado producto y lo distingue de otros.

Es esencial en este signo este poder diferenciador o distintivo sin el que no estaremos en presencia de un verdadero signo distintivo. Dentro de ellos tendremos:

- Marcas.
- Nombres comerciales
- Rótulos de establecimiento.

Las denominaciones de origen o las indicaciones de procedencia.-

Son poco estudiadas por el DM. Pertenecen a la legislación que regula los Consejos reguladores de Origen y de procedencia y están condicionadas por los Reglamentos de la UE que regulan estas circunstancias de forma general para toda la UE.

La denominación de origen supone un grado de exigencia mayor que la indicación de procedencia

3.- La marca y su protección jurídica.-

• Concepto composición y clases.-

Están reguladas por una serie de Directivas de la UE que han dado lugar a la ley 17/2001 del 7/12/de Marcas. La legislación está adaptada a la idea de un mercado único. La ley 17/2001 regula las marcas, los nombres comerciales y los rótulos.

Es usual que los empresarios, y esto sería una diferenciación, tengan marcas de primera calidad y marcas de segunda calidad. A las marcas de segunda calidad se les llama, también, marcas blancas. La marca no identifica a la empresa, en cambio el producto si la identifica, entre el público. El nombre comercial es el identificador legal de la empresa.

Las marcas se valoran en relación con el volumen de ventas. Por tanto, aunque se trate de un bien inmaterial aparecerá en el balance de la empresas como activo, como inmovilizado inmaterial junto con el inmovilizado material, ambos forman el activo fijo o inmovilizado.

La marca se valora al coste de producción al igual que la patente.

Definición.-

Artículo 4. Concepto de marca.

1. Se entiende por marca todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras.

Tiene pues la marca función diferenciadora y signo gráfico que distingue.

Clases.-

- **Marcas de productos o marcas de servicios.** – Vg. Midas, Norauto identificarían servicios. Danone identificaría un producto.
- **Principales y derivadas.** – Obtenida una marca el mismo titular le añade algo y crea una segunda marca.
- **Colectiva.** – Distingue productos o servicios de los miembros de una asociación (exportadores de naranja)
- **Marca de garantía.** – Toda marca describe una calidad del producto. El signo utilizado por la empresa puede dar ese marchamo de calidad.
- **Marcas notorias o renombradas.** – Es la marca que no estando inscrita es, sin embargo muy conocida en los sectores interesados. Aunque no esté inscrita tiene una protección.
- **Marca comunitaria.** – Que está sometida al Reglamento europeo.
- **Marca internacional.** – Sometida al reconocimiento internacional

Qué puede ser marca.-

El Art. 4.2 establece:

2. Tales signos podrán, en particular, ser:

- a) Las palabras o combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar a las personas.
- b) Las imágenes, figuras, símbolos y dibujos.
- c) Las letras, las cifras y sus combinaciones.
- d) Las formas tridimensionales entre las que se incluyen los envoltorios, los envases y la forma del producto o de su presentación.
- e) Los sonoros.
- f) Cualquier combinación de los signos que, con carácter enunciativo, se mencionan en los apartados anteriores.

Características.-

Gráfica.-

Imágenes, figuras, símbolos o dibujos. Es el dibujo en sí. Lo que antes se llamaba el logotipo.

Tridimensional.-

Se puede representar tridimensionalmente. VG. La botella de Coca- Cola.

Signo sonoro.-

El sonido que se puede representar significativamente y ser diferenciador. Normalmente irán acompañados de la imagen y de lo gráfico.

B) Prohibiciones absolutas y relativas.-

En el Art. 5 y ss. de la ley se establece que cosas no pueden ser marcas y que cosas pueden o no pueden ser.

Artículo 5. Prohibiciones absolutas.

1. No podrán registrarse como marca los signos siguientes:

- a) Los que no puedan constituir marca por no ser conformes al artículo 4.1 de la presente Ley.
- b) Los que carezcan de carácter distintivo.
- c) Los que se compongan exclusivamente de signos o indicaciones que puedan servir en el comercio para designar la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica, la época de obtención del producto o de la prestación del servicio u otras características del producto o del servicio.
- d) Los que se compongan exclusivamente de signos o indicaciones que se hayan convertido en habituales para designar los productos o los servicios en el lenguaje común o en las costumbres leales y constantes del comercio.
- e) Los constituidos exclusivamente por la forma impuesta por la naturaleza del propio producto o por la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico, o por la forma que da un valor sustancial al producto.
- f) Los que sean contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres.
- g) Los que puedan inducir al público a error, por ejemplo sobre la naturaleza, la calidad o la procedencia geográfica del producto o servicio.
- h) Los que aplicados a identificar vinos o bebidas espirituosas contengan o consistan en indicaciones de procedencia geográfica que identifiquen vinos o bebidas espirituosas que no tengan esa procedencia, incluso cuando se indique el verdadero origen del producto o se utilice la indicación geográfica traducida o acompañada de expresiones tales como "clase", "tipo", "estilo", "imitación" u otras análogas.
- i) Los que reproduzcan o imiten el escudo, la bandera, las condecoraciones y otros emblemas de España, sus Comunidades Autónomas, sus municipios, provincias u otras entidades locales, a menos que medie la debida autorización.
- j) Los que no hayan sido autorizados por las autoridades competentes y deban ser denegados en virtud del artículo 6 tercero del Convenio de París.
- k) Los que incluyan insignias, emblemas o escudos distintos de los contemplados en el artículo 6 tercero del Convenio de París y que sean de interés público, salvo que su registro sea autorizado por la autoridad competente.

2. Lo dispuesto en las letras b), c) y d) del apartado 1 no se aplicará cuando la marca haya adquirido, para los productos o servicios para los cuales se solicite el registro, un carácter distintivo como consecuencia del uso que se hubiera hecho de la misma.

3. Podrá ser registrada como marca la conjunción de varios signos de los mencionados en las letras b), c) y d) del apartado 1, siempre que dicha conjunción tenga la distintividad requerida por el apartado 1 del artículo 4 de la presente Ley.

Prohibiciones relativas .-Artículo 6. Marcas anteriores.

1. No podrán registrarse como marcas los signos:

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

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

- a) Las marcas registradas cuya solicitud de registro tenga una fecha de presentación o de prioridad anterior a la de la solicitud objeto de examen, y que pertenezcan a las siguientes categorías: i) marcas españolas; ii) marcas que hayan sido objeto de un registro internacional que surta efectos en España; iii) marcas comunitarias.
- b) Las marcas comunitarias registradas que, con arreglo a su Reglamento, reivindiquen válidamente la antigüedad de una de las marcas mencionadas en los puntos i) y ii) de la letra a), aun cuando esta última marca haya sido objeto de renuncia o se haya extinguido.
- c) Las solicitudes de marca a las que hacen referencia las letras a) y b), a condición de que sean finalmente registradas.
- d) Las marcas no registradas que en la fecha de presentación o prioridad de la solicitud de la marca en examen sean "notoriamente conocidas" en España en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París.

Pueden constituir marca los olores?.-

Recordemos que para registrar una marca se ha de cumplir, signo, representación gráfica y poder distintivo. La ley no prohíbe pero existe polémica ya que la representación gráfica de un olor aún no está conseguida. Tampoco el color que no es distintivo, ahora, una combinación gráfica de colores si será distintivo.

• Nacimiento, protección, agotamiento y duración del derecho sobre la marca.-

La marca nace con la inscripción en el Registro de patentes y marcas, bien a nivel nacional, internacional o comunitario. A partir del Art. 12 nos regula la ley la solicitud, el procedimiento de registro etc. La oficina recibe la solicitud con los requisitos marcados. Hay que decir para qué producto y a partir de ese momento la oficina correspondiente comprueba que no hay prohibiciones absolutas del Art. 5. una vez se hace público en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial todos los que consideren que tienen una marca similar o idéntica se opondrán y este es el momento en que se examinarán las prohibiciones relativas de los Art. 6 al 10. si no hay oposición se registrará. La resolución del órgano administrativo que debate y resuelve es susceptible de recurso en lo Contencioso administrativo.

El derecho de la marca se obtiene a partir del registro. El derecho de exclusiva tiene que ser compatible con el derecho a competir. .

Marcas notorias y renombradas.-

Constituyen una excepción y en el Art. 8 se habla de marcas notorias y renombradas. En las marcas renombradas no se podrá registrar un signo que sea idéntico aunque sea para la prestación de distintos servicios cuando esos signos sean notorios en España. Aquí el principio de especialidad por el que una marca se especializa, de manera general, en algo y puede ser registrada por otra especialidad distinta. Marca de licores que luego se registra por otro para fabricar zapatos. Pues este principio de especialidad cede ante el principio de notoriedad.

Cuando la marca sea conocida en el sector concreto hablaremos de marca notoria. Cuando además la marca sea conocida por el público en general hablaremos de renombre.

Derechos que concede la obtención. Agotamiento.-

Concede derechos de exclusiva en el territorio donde se haya inscrito impidiendo o prohibiendo que se ataque la marca Art. 34. el derecho de la marca tiene un límite objetivo y un límite en el tiempo. La duración es de 10 años renovables por periodos de 10 años, si se renueva es eterna y si no caduca. Cuando no está registrada en un territorio no dará derecho allí.

El agotamiento se regula en el Art. 36, no se puede prohibir el uso de la marca para los productos ya

comercializados por el titular de la marca u otros con su consentimiento, esto en el ámbito de los países de la UE y su espacio económico. No está claro que se pueda decir lo mismo en países de fuera del espacio económico.

La nulidad y caducidad de la marca. –

La marca ha de ser usada ya que tiene un sentido de diferenciación en el mercado. El Art. 39 marca el plazo de 5 años para si no se ha usado, la marca ha caducado. La marca caducará asimismo por renuncia o por no renovación. En el Art. 55 y ss. se plantea lo que se entiende por uso con cierta entidad.

Los Arts. 51 y 52 hablan de nulidad absoluta y relativa. Absoluta cuando sean prohibiciones absolutas, en este caso la acción es imprescriptible. Si la marca ha pasado por error todos los trámites cualquiera legitimado la puede alegar. La nulidad relativa es la que se refiere a la contravención de las prohibiciones relativas. Si el titular de un derecho anterior ha tolerado el uso de su marca durante 5 años ya no podrá invocar la nulidad relativa.

4. – El nombre comercial. –

Es otro signo distintivo que representa al nombre de la empresa que el público más conoce, diríamos que es el nombre de guerra de las empresas. Está regulado en la ley de marcas 17/2001 Art. 87 y ss.

El Art. 87.1 nos define el nombre comercial como **todo signo susceptible de representación gráfica que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares.**

Como vemos aquí se trata de distinguir empresas mientras que cuando hablábamos de marca se trataba de distinguir productos. Por ejemplo Mercadona es un nombre comercial que nos distingue a esta empresa de Consum, por ejemplo, pero no identifica productos. En cambio Hacendado sí que es una marca, distingue productos.

Puede ocurrir que coincida la marca con el nombre comercial caso de Zara o Adolfo Domínguez, por ejemplo en estos casos los empresarios habrán registrado en la oficina de Registro de marcas como nombre comercial y como marca.

Diferenciaremos tanto marca como nombre comercial de **denominación social** por el que entendemos el nombre de la persona jurídica que se inscribe en el Registro Mercantil, aquí por seguir con el ejemplo de antes hablaríamos de Inditex que es la denominación social de Zara.

Un mismo empresario tiene una sola denominación social, puede tener un solo nombre comercial y puede tener muchas marcas.

Qué puede ser nombre comercial. –

El Art. 87.2 nos dice que en particular, podrán constituir nombres comerciales:

- Los nombres patronímicos, las razones sociales y las denominaciones de las personas jurídicas.
- La denominación de fantasía
- Las denominaciones alusivas al objeto de la actividad empresarial.
- Los anagramas y logotipos.
- Las imágenes, figuras y dibujos.
- Cualquier combinación de los signos que, con carácter enunciativo, se mencionan en los apartados anteriores.

Qué no puede ser nombre comercial.-

De ello nos habla el Art. 88 de la ley 17/2001 Nos dice que son aquello que no pueden constituir nombre comercial con arreglo al Art. 87.2. y aquellos que vayan en contra de lo previsto en el Art. 5 de ésta ley o sea las prohibiciones absolutas para registrar.

Derechos conferidos por el registro.-

El hecho de registrar un rótulo da derecho a su uso exclusivo en el ámbito del Registro.

Nulidad y caducidad.-

Se habla de ello en el Art. 91 y se prevé lo mismo que para las marcas. En cuanto a la nulidad se producirá cuando se contravengan las normas del Art. 88 sobre prohibiciones de registro.

4 bis.- Rótulo de establecimiento.-

El tema de los rótulos ha sido derogado por la Ley de marcas. En la actualidad se protege mediante la LCD. El rótulo identifica a un establecimiento comercial. Sólo tenía protección municipal. No tiene por lo tanto regulación expresa en ninguna ley.

5.- Acciones y normas procesales en defensa de los signos distintivos.-

A partir del Art. 40 la ley regula las acciones que se verán n los juzgaos de lo mercantil de las capitales de provincia. El titular cuyo derecho se ve lesionado puede pedir:

- Cesación del acto.
- Indemnización por daños y perjuicios.
- Retirada de productos.
- Cesación de medidas.
- Destrucción de productos ilícitamente identificados con esa marca.

Lo más complicado es la indemnización de daños y perjuicios. Los Arts. 42 y 43 resuelven el cálculo ya que hay un cálculo legal de la indemnización a pedir. Son pleitos complicados ya que habrá que analizar la contabilidad del ilícito para ver lo que ha ganado. Las acciones prescriben a los 5 años Art. 45. Estas acciones son comunes para todos los signos distintivos.

MERCANTIL I.- TEMA X.-

LAS SOCIEDADES MERCANTILES.-

1.- El derecho de sociedades. Concepto, fundamento y ámbito.-

Empezamos el estudio de la forma jurídica de la empresas. Toda actividad empresarial requiere un dueño que ha de adoptar una forma jurídica.

Forma que puede ser individual en la que hay un alta censal, tributa mediante el IRPF, puede ser empleador de trabajadores, responde con todo su patrimonio ante sus acreedores y no está obligado a registrarse en ningún sitio.

Forma societaria bajo la denominación de sociedad y que ha representado la institucionalización de la economía capitalista desde finales de la Edad Media. Esta forma societaria puede convertirse en titular de un

negocio más allá de los socios que son sus dueños indirectos. La sociedad es una persona jurídica centro de imputación de obligaciones y derechos y permite organizar mejor la actividad empresarial.

2.- El concepto legal de sociedad mercantil. Tipología.-

El CC regula en sus Arts. 1665 a 1708 el contrato de sociedad Civil. La sociedad mercantil se regula a partir del Art. 116 del C.Com., hay regulación especial de diferentes tipos y modelos de sociedades, SL, SA, SRC, y de Entidades de Crédito. Tenemos además el RRM de 1996 que regula el que, como y cuando se inscriben las personas jurídicas las sociedades mercantiles ya que como se ha dicho el empresario individual no tiene obligación de inscribirse en el RM. Así pues al abordar el estudio de las sociedades civiles y de las mercantiles tendremos que manejar, por una parte los códigos de

Comercio y Civil y por otra parte las Leyes especiales que hemos dicho.

Concepto.-

Si uno compara el Art. 1665 del CC y el 116 C. Com, se ve que prácticamente dicen lo mismo así :

Art. 1665 CC.

La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias.

Artículo 116 C.Com

El contrato de Compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código.

Una vez constituida la Compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos.

Se ve que se emplean terminologías diferentes, el CC dice repartir las ganancias y el C.Com dice con ánimo de lucro. Ambas tienen personalidad jurídica. La sociedad civil no necesita escritura pública salvo que se aporten al fondo común inmuebles y siempre que no se mantengan en secreto los pactos entre los socios. Las sociedades requieren un procedimiento de formación y constitución mucho más complejo y riguroso que la sociedad civil.

Qué no son sociedades.-

No son sociedades las comunidades de bienes que son una copropiedad y no tienen personalidad jurídica diferenciada de los propietarios.

Fundaciones y asociaciones.-

Son entes con personalidad jurídica. Puede pensarse que toda agrupación de personas con personalidad jurídica cabría en el concepto de sociedad.

Se puede hablar de la sociedad empresa Art. 38 CE y también del derecho público de asociación del Art. 22 CE , no se puede comparar una cosa con la otra.

La distinción procede de la revolución liberal del XIX . la Revolución francesa en el ánimo de impedir

cualquier obstáculo entre el individuo y el Estado llegó a la persecución de las llamadas facciones, partidos y asociaciones. La revolución Liberal del XIX empieza a pensar que los ciudadanos se pueden agrupar voluntariamente y así nace el derecho de libre asociación igual que el de libre expresión. Empiezan a nacer asociaciones de interés público, ley de asociaciones de 1876, ley de partidos políticos de 1901 etc. No obstante este tipo de asociaciones no se pueden confundir con las asociaciones mercantiles ya que todas ellas no tienen la intención de repartir ningún beneficio.

Sociedades mercantiles.-

La sociedad mercantil es una sociedad con ánimo de lucro, ganar para poder repartir.

La ventaja de una sociedad mercantil es la división del patrimonio empresarial. Se diferencia el patrimonio personal del patrimonio individual. Se puede transmitir el negocio mediante la transmisión de mi parte en la sociedad. Hay alguna ventaja fiscal ya que si el IRPF es un impuesto progresivo, el impuesto de sociedades paga un 35 % del beneficio obtenido por el que si uno paga más gana más pero esto no significa progresividad. Puede pasar que el beneficio se traduzca en salarios con lo cual el beneficio disminuirá.

3.- Sociedades civiles y sociedades mercantiles.-

Como se ha visto ambos tipos tienen personalidad jurídica y además ánimo de lucro. Nuestro derecho utiliza una doble distinción, la **actividad** que realizan y por otro lado **la forma** que asumen.

Cuando estemos delante de actividades mercantiles podemos estar en presencia de una sociedad civil.

La ley nos aporta un criterio de forma, hay sociedades que tendrán carácter mercantil cualquiera que sea la actividad a la que se dediquen. A veces, la elección de la forma determina lo que es una sociedad mercantil. Además repetir que una sociedad civil no se inscribe en el RM.

Nos podemos encontrar con entes que realizan actividades mercantiles en el mercado y que no son entidades civiles ni mercantiles. Es el caso de las Cajas de Ahorro que son fundaciones que no están sometidas a la ley de fundaciones sino sometidas a la legislación bancaria. No tiene ánimo de lucro repartible ya que no hay socios ni accionistas. El beneficio se distribuye en reservas y obras sociales. En consecuencia tributarán por el impuesto de sociedades y por el IVA.

En cuanto a las ONG distinguir las que se dedican a negocios con ánimo de lucro aunque no repartan tributarían como las sociedades, si se trata de una actividad benéfica y social no tributarán.

Hay sociedades civiles que realizan actividades mercantiles y que son difíciles de encasillar, son empresas pequeñas como talleres etc.

Existen las CB, son sociedades de bienes que no tienen personalidad jurídica y realizan actividades mercantiles. No están sometidas al impuesto de sociedades y el lucro que obtienen es un lucro personal que tributará con arreglo al IRPF.

En el 97 hubo una resolución de la DGRN que decía que una sociedad civil que tuviera actividad mercantil debía de inscribirse en el RM circunstancia que no está prevista.

Esta medida obligó a que el gobierno reformara el reglamento del RM y en 1998 se introdujo en su articulado el Art. 269 bis que dice que las sociedades civiles se podrán inscribir. La STS del 22/2/2000 declaró nula la disposición reglamentaria ya que la materia estaba regulada por el Art. 19 del C.Com.

4.- Elementos del contrato de sociedad.-

Los elementos son los mismos que marca el Art. 1261 CC, consentimiento, objeto y causa.

Consentimiento. –

Debe existir un consentimiento de los socios para la fundación de la sociedad. Se entiende aquellos que tengan capacidad de otorgarla. Han de aportar bienes (objeto), materiales o inmateriales, trabajo en algunos casos. Los bienes los aporta el que es titular de los mismos.

Objeto. –

Se puede hacer distinción.

Objeto del contrato. – Las aportaciones de los socios, lo que nos obligamos y nos comprometemos a aportar.

Objeto social. – Es la actividad a la que la sociedad se va a dedicar. Ese objeto ha de ser determinado y así se refleja en los Arts. 123 C.Com, Art. 9 LSA y 117 RRM. El objeto ha de ser posible y lícito.

Causa. –

Entendida como la finalidad objetiva y típica del contrato que en el caso de la sociedad es la obtención de una ganancia repartible. Hay determinados motivos que integran la causa.

5. – Requisitos de la constitución de las sociedades mercantiles. –

Se precisa escritura pública e inscripción en el RM :

Artículo 119 C.Com.

Toda Compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución , pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.

A las mismas formalidades quedará sujetas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25, las escrituras adicionales que de cualquier manera modifiquen o alteren el contrato primitivo de la Compañía.

Los socios no podrá hacer pactos reservados, sino que todos deberá constar en la escritura social.

Se compondrá de escritura y estatutos que en su conjunto reciben el nombre de escritura pública de constitución. Si no se inscribe estaremos ante una sociedad en formación o sociedad irregular. Art. 15 y 16 LSA.

Hasta el momento de la inscripción la sociedad no tiene personalidad jurídica ya que no existe publicidad.

La sociedad irregular será la que no tiene intención de registrarse en el RM o ha transcurrido más de un año desde la escritura pública sin inscribir. Será tratada como una sociedad colectiva.

6. – La personalidad jurídica de las sociedades. Significado y límites. –

Existe cierta discusión sobre lo que pasa mientras se está en trámites de inscripción. Se entiende que los socios están obligados internamente en virtud de la escritura pública.

A la persona jurídica, se ha tendido, a atribuirle los atributos de la persona física pero la idea fundamental es

la disociación del ente societario respecto de los socios.

Toda sociedad mercantil constituida con arreglo al Art.119 C.Com. adquiere la personalidad jurídica. La personalidad jurídica que tiene su nacimiento durante la EM por una necesidad diferenciadora entre toda la ciudad y sus habitantes, cuando el Papa quería excomulgar a una ciudad, tiene pues su origen en el Derecho Canónico.

A las personas jurídicas se les puede trasladar los atributos de la persona física, nombre, nacionalidad, responsabilidad contractual, propiedad privada y actuación a través de sus representantes. Esto ha planteado el uso de la figura de la personalidad jurídica con el ánimo de defraudar.

Con el ánimo de combatir estos procedimientos defraudatorios se ha producido lo que la jurisprudencia americana ha dado en llamar **la doctrina del levantamiento del velo**, de manera que el defraudado pueda dirigir su acción contra los socios defraudadores. Esta sentencias que en España se producen desde los años 80 se basan en el abuso de derecho del Art. 7 del CC.

A partir del año 84 los casos concretos se pueden agrupar en:

- Cuando se abusa de la personalidad jurídica en fraude de ley o en incumplimiento de obligaciones.
- En torno a la identidad de la personas o de sus patrimonios. Este circunstancia se reflejo en una sentencia contra el Ayuntamiento de Palma de Mallorca al que un particular le reclamó daños por el mal funcionamiento del servicio público de distribución de aguas. El Ayuntamiento quiso escudarse tras la figura de la Sociedad Municipal de Aguas y el Tribunal dijo que esto era imposible.
- Un tercer grupo que se refiere a que algunas leyes trasladan la responsabilidades a las sociedades dominantes de las deudas de sus filiales. Lo que se dice es que la conducta de la sociedad dominada es responsabilidad de la dominante en la que la dominada es dependiente.

MERCANTIL I.- TEMA XI.-

SOCIEDAD COLECTIVA Y COMANDITARIA.-

Introducción.-

Artículo 122 C.Com.

Por regla general las sociedades mercantiles se constituirá adoptando alguna de las formas siguientes:

- 1. La regular colectiva.**
- 2. La comanditaria, simple o por acciones.**
- 3. La anónima.**
- 4. La de responsabilidad limitada.**

Puede además haber sociedades especiales como los bancos que se regulan por su propio ordenamiento y por la ley de SA, las sociedades de bolsa que tienen su propia legislación y además la ley de SA. Las SAL o las SLL que tienen su legislación específica y además la LSA o la LSL.

Podemos coger los cinco modelos y se quiere hacer una clasificación la diferencia se establece según la doctrina en dos grupos:

- Sociedades personalistas.
- Sociedades capitalistas

Sociedades personalistas.-

Personalista quiere decir que las personas responden. Tendríamos pues, dentro de ellas aquellas que todos los socios, además de la sociedad, responden con sus bienes de manera subsidiaria. En este caso estaríamos ante la **sociedad Colectiva** que es el tipo más claro de sociedad personalista.

Dentro de este grupo de sociedades personalistas tendríamos, también, las **sociedades Comanditarias**, son aquellas en que alguno de los socios responden y otros no, responden subsidiariamente.

Las sociedades de personas son sociedades cerradas, de consenso y en las que la persona del socio tiene trascendencia contractual.

Cerrada.- Entran y salen los que los socios quieren.

Consenso.- Para tomar decisiones se requiere la unanimidad.

Trascendencia contractual.- El socio es trascendente y puede aportar además de dinero trabajo.

Sociedades capitalistas.-

Tendríamos un primer modelo que llamamos SL o SRL en el que ningún socio responde personal, solidaria e ilimitadamente de las deudas de la sociedad por el hecho de ser socio. En la sociedad limitada estamos cerca, en cuanto a modelo de estatuto se refiere, de la sociedad de personas.

El último modelo de sociedad de capitales es la SA en las que los socios no responden con su patrimonio de las deudas de la sociedad.

SRC SC SL SA

Personalistas Capitalistas

A medida que avanzamos las sociedades son más abiertas, el socio importa cada vez menos lo que importa es lo que aporta. Quien manda es el que más aporta. Resaltar que las leyes protegen los derechos de las minorías de socios. Cada una de estos tipos tiene regulación diferente.

1.- La sociedad colectiva.- Concepto y características.-

Ya hemos visto que en las sociedades colectivas todos los socios responden en las comanditarias uno o alguno.

En el C.Com las llama compañías colectivas y las regula desde el Art. 125 al 144 y en el RRM Arts. 209 al 212.

La sociedad colectiva es, un poco, el origen histórico de las sociedades mercantiles que nacen en el ámbito familia para continuar con la actividad mercantil del padre fallecido. Es una sociedad cerrada, familiar, hoy de amigos, muy de amigos ya que todos responden.

Características.-

- Es una comunidad de trabajo regulada en los Arts. 129 y ss. C.Com.
- Es una persona jurídica con su propio patrimonio en la que los socios responden solidaria e ilimitada pero subsidiariamente. Así el Art. 127 C.Com dice: **Todos los socios que formen la Compañía colectiva, sean o no gestores de la misma, estará obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la Compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla.** El Art. 237 C.Com. refleja la responsabilidad subsidiaria **Los bienes particulares de los socios colectivos que no se incluyeron en el haber de la Sociedad al formarse ésta, no podrá ser ejecutados para el pago de las obligaciones contraídas por ella, sino después de haber hecho excusión del haber social.**
- Es una sociedad que utiliza un nombre especial que llamamos razón social ya que el Art. 126 habla del nombre de todos sus socios **La Compañía colectiva habrá de girar bajo el nombre de todos sus socios, de algunos de ellos o de uno solo, debiéndose añadir, en estos dos últimos casos, al nombre o nombres que se expresen, las palabras "y Compañía".**

Este nombre colectivo constituirá la razón o firma social, en la que no podrá incluirse nunca el nombre de persona que no pertenezca de presente a la Compañía.

Los que, no perteneciendo a la Compañía, incluyan su nombre en la razón social, quedará sujetos a responsabilidad solidaria, sin perjuicio de la penal si a ella hubiere lugar. Sólo es posible la denominación subjetiva.

- Es una sociedad en la que la administración pueden llevarla todos según el Art. 129 C.Com. también se habla aquí del consenso de los presentes. **Si la administración de las Compañías colectivas no se hubiere limitado por un acto especial a alguno de los socios, todos tendrá la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes, y los socios presentes se pondrá de acuerdo para todo contrato u obligación que interese a la Sociedad.**
- Estas características se pueden dar en sociedades pequeñas.
- Los socios tienen un derecho de información amplísimo que se regula en el Art. 133 C.Com. **En las Compañías colectivas, todos los socios, administren o no, tendrá derecho a examinar el estado de la administración y de la contabilidad, y a hacer, con arreglo a los pactos consignados en la escritura de la Sociedad o las disposiciones generales del Derecho, las reclamaciones que creyeran convenientes al interés común.**
- Es una sociedad en la que se puede aportar trabajo que puede valorarse. No es un contrato laboral , es un socio que aporta su trabajo. Al socio que sólo pone su trabajo le llama la ley socio industrial y a la sociedad que tienen esta característica **Irregular Colectiva.** Este socio es tratado de forma distinta al resto y así lo refleja el Art. 138 C.Com. que dice que no podrá ser gestor ni administrador ni representante salvo que se le faculte en escritura. **El socio industrial no podrá ocuparse en negociaciones de especie alguna, salvo si la Compañía se lo permitiere expresamente; y en caso de verificarlo, quedará al arbitrio de los socios capitalistas excluirlo de la Compañía, privándole de los beneficios que le correspondan en ella, o aprovecharse de los que hubiere obtenido contraviniendo a esta disposición.**

Cómo se reparten las ganancias.–

Si no está reglamentado en escritura nos regiremos por el Art. 140 C.Com. Se dividirá en prorrata a la porción de interés aportado. El socio industrial participará en la misma cantidad que el socio capitalista de menor participación. **No habiéndose determinado en el contrato de Compañía la parte correspondiente a cada socio en las ganancias, se dividirá éstas a prorrata de la porción de interés que cada cual tuviere en la Compañía, figurando en la distribución los socios industriales, si los hubiere, en la clase del socio capitalista de menos participación .**

Cómo se reparten las pérdidas.–

Se regula en el Art. 141 C.Com. Se reparten entre los socios que han aportado capital. Los socios industriales no participan en las pérdidas salvo pacto en contra. **Las pérdidas se imputarán en la misma proporción entre los socios capitalistas, sin comprender a los industriales, a menos que por pacto expreso se hubieren éstos constituido partícipes de ellas.**

Cómo se excluye a un socio.-

El Art. 218 C.Com lo llama rescisión parcial del contrato de sociedad. **Habrá lugar a la rescisión parcial del contrato de Compañía mercantil colectiva o en comandita por cualquiera de los motivos siguientes:**

- 1. Por usar un socio de los capitales comunes y de la firma social para negocios por cuenta propia.**
- 2. Por injerirse en funciones administrativas de la Compañía el socio a quien no compete desempeñarlas, según las condiciones del contrato de Sociedad.**
- 3. Por cometer fraude algún socio administrador en la administración o contabilidad de la Compañía.**
- 4. Por dejar de poner en la caja común el capital que cada uno estipuló en el contrato de Sociedad, después de haber sido requerido para verificarlo.**
- 5. Por ejecutar un socio por su cuenta operaciones de comercio que no le sean lícitas con arreglo a las disposiciones de los artículos 136, 137 y 138.**
- 6. Por ausentarse un socio que estuviere obligado a prestar oficios personales en la Sociedad, si, habiendo sido requerido para regresar y cumplir con sus deberes, no lo verificare o no acredite una causa justa que temporalmente se lo impida.**
- 7. Por faltar de cualquier otro modo uno o varios socios al cumplimiento de las obligaciones que se impusieron en el contrato de Compañía**

En los supuestos del 218 la mayoría de los socios decide la expulsión. La expulsión implica la liquidación tal como indica el Art. 219. Hay que inscribir el nuevo dato en el RM según reza el Art. 220.

Esta posibilidad de exclusión que aparece en los Arts. 218,219 y 220 aparece también en la regulación de las SL. No aparece en la regulación de las SA.

Artículo 219

La rescisión parcial de la Compañía producirá la ineficacia del contrato con respecto al socio culpable, que se considerará excluido de ella, exigiéndole la parte de pérdida que pueda corresponderle, si la hubiere, y quedando autorizada la Sociedad a retener, sin darle participación en las ganancias ni indemnización alguna, los fondos que tuviere en la masa social, hasta que esté terminadas y liquidadas todas las operaciones pendientes al tiempo de la rescisión .

Artículo 220

Mientras en el Registro Mercantil no se haga el asiento de la rescisión parcial del contrato de Sociedad subsistirá la responsabilidad del socio excluido, así como la de la Compañía, por todos los actos y obligaciones que se practiquen, en nombre y por cuenta de ésta, con terceras personas.

Pueden funcionar con mayorías de capital.-

El C.Com piensa que estamos ante una sociedad de trabajo que funciona por consensos pero nada impide que pueda funcionar por mayorías siempre que eso no obstaculice los derechos de exclusión de socios, el derecho de información o los derechos de participar en ganancias o en pérdidas y en la posibilidad de que todos administren.

La sociedad Comanditaria o en Comandita.-

Tendremos dos clases la sociedad Comanditaria simple y la sociedad Comanditaria por acciones.

Origen.-

Su origen es muy discutido, es también de origen medieval, el contrato de comenda, asociación de capital y de trabajo. Nació para la explotación de un navío. Se basaba en la existencia de un experto en navegación y la aportación, en dinero, de un capitalista, es decir un comerciante terrestre que tenía dinero suficiente y contactaba con un marino para realizar un trayecto marítimo. El comerciante ponía el dinero para construir la nave y la mercancía, era el socio comanditario y el marino experto era el socio colectivo. Esto explica el sentido actual de la sociedad Comanditaria que aparece regulada en los Arts. 145 al 150 del C.Com.

Características.-

Se parece mucho a la sociedad Colectiva pero tiene diferencias. Eso explica que en la sociedad Comanditaria existan dos clases de socios, el socio capitalista o comanditaria y el socio colectivo o trabajador.

En el Art. 148 C. Com. Se dice que todos los socios comanditarios quedan obligados en las deudas de la sociedad, los comanditarios sólo responden con su aportación, el socio colectivo se juega todo su patrimonio de forma solidaria e ilimitada.

Esto explica según refiere el Art. 148.4 que los socios comanditarios no puedan ser administradores ni participar en la administración que es exclusivo del socio colectivo. Si el socio comanditario participa en la gestión se convierte en colectivo y por tanto responderá como si fuera uno colectivo. Pueden hacerlo si se les ha facultado mediante la escritura.

También responderá cuando permita que su nombre se incluya en la razón social tal como indica el Art. 147. (denominación subjetiva).

Según el Art. 146, el nombre girará sobre el de todos o de alguno de los socios, pero sólo el de los colectivos, por eso la determinación del Art. 147.

La sociedad comanditaria por acciones.-

A partir de 1989 y después de nuestra integración, del 86, en la UE y en virtud de transposiciones de directivas se crean por la reforma del C.Com y de la legislación sobre sociedades.

Está regulada por los Arts. 151 a 157 C.Com y es un invento alemán que se acerca mucho a las sociedades capitalistas pero no lo es.

El Art. 151 C.Com dice que la sociedad en comandita por acciones tiene su capital dividido en acciones. El capital se forma por el conjunto de las aportaciones de todos los socios uno de los cuales, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales subsidiaria e ilimitadamente con todo su patrimonio como socio colectivo con arreglo a los términos de los Arts. 127 y 237 C.Com.

La diferencia entre la sociedad comanditaria simple y la de por acciones estaría precisamente en el término

acciones como títulos que representan una participación.

Se establece el capital social que es la suma de todas las participaciones y ese capital social se divide en acciones que tienen un determinado valor nominal y que se reparten en función de la participación de cada uno de los socios. Hasta aquí esto sería una SA, pero aparece un socio que aparece de manera ilimitada con sus bienes y que puede o no tener acciones.

Si se transmiten las acciones se transmite la condición de socio y sus circunstancias. En España esta modalidad no ha tenido éxito.

El régimen de expulsión de los socios es el mismo que en las colectivas y tal como dice el Art. 152 se les aplicará la ley de SA en lo que no sea compatible con los Arts. 151 a 157. La votación sería por mayoría de capital, tal como dice el Art. 156 C.Com.

En la sociedad comanditaria por acciones a efecto de denominación podremos usar tanto la denominación subjetiva como la objetiva al igual que en las sociedades capitalistas. Ya hemos visto que en las sociedades personalistas sólo se pueden usar las denominaciones subjetivas. En esto la sociedad comanditaria por acciones sobre ser personalista se aproxima a las capitalistas.

En cuanto a su administración el Art. 155 C de c nos dice que la administración estará a cargo de los socios colectivos.

MERCANTIL I.- TEMA XII.-

LA SOCIEDAD ANÓNIMA.-

1.- Concepto y características de la sociedad anónima. Su evolución histórica.-

Estamos en la otra parte del esquema que establecíamos en el tema anterior. El nombre de sociedad anónima se conoce con otros nombres según los países, public corporations en USA, Sociedad por acciones en Alemania y Austria y en Francia y en España SA.

Este tipo de sociedades aparece en el S. XVII vinculada a las grandes operaciones comerciales de las reales sociedades de las Indias.

En ese momento y debido a las grandes aportaciones dinerarias que había que hacer, las sociedades conocidas no servían. Había que construir una sociedad mercantil que permitiera una gran operación empresarial con gran aportación de capital.

Así en los Países Bajos y debido a la influencia de las doctrinas económicas protestantes nacen las sociedades de las Indias orientales y las de las Indias occidentales que crean una gran riqueza fruto del comercio con los nuevos territorios.

Se necesita también un pacto con la monarquía absoluta en virtud del cual proteja, conceda una exclusiva y, en una palabra, permita hacer el negocio y a cambio recibirá beneficios y sobre todo territorios.

Se fundan así sociedades en las que se cobran dividendos y uno manda en función de lo que aporta y en la que las personas importan poco. En este momento aún no es una sociedad privada ya que la corona tiene que otorgar el reconocimiento, carta otorgada.

Al llegar la revolución Francesa estas sociedades van quedando como sociedades privadas. Fruto de la doctrina liberal, en el XIX, se sigue con la misma idea de concentración de capital y la posibilidad de la

compraventa de las participaciones.

En el S. XX aparece la SL que es una SA en la que queremos recuperar algunos rasgos de las sociedades personalistas. La SL es una sociedad de pocos socios en la que es más difícil la entrada y la salida y en la que cabe la expulsión de los socios.

Actualmente, después de la integración en la UE nos encontramos con que por cada SA que se funda, se constituyen 3 SL y esto no parece tener mucha explicación. Algunos lo han achacado a que las SL no pueden cotizar en bolsa pero no todas las SA cotizan en bolsa.

La denominación SA guarda relación con el nombre que será un nombre subjetivo o de fantasía, quiere decir que se desconoce quines son los socios.

Se dice que las grandes empresas adoptan la forma de SA pero esto no es totalmente cierto ya que grandes empresas como BMW son SL.

La SA es una sociedad totalmente abierta. No hay ningún tope para comprar o vender. Para la cotización en bolsa se exige que la constitución sea mediante SA pero es cierto que hay SA que no cotizan en bolsa.

Modelo. –

La ley permite que la SA sea un poco cerrada, el modelo dependerá de:

- Tamaño del negocio
- Necesidad de cotización en bolsa.
- Las relaciones que se quieran dar entre los socios.

La realidad española nos dice que la empresas son pequeñas PYME y se ha de hacer notar que la mayor parte del empleo se encuentra en ellas.

Características y definición. –

El Art. 1 de la LSA nos dice:

Artículo 1 Concepto.

En la sociedad anónima el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales.

Ha de haber un fondo integrado por las aportaciones de los socios, dividido en acciones. Además los socios no responden de las deudas sociales, sólo con su aportación, lo que diferencia a la SA de otros tipos. Cosa distinta es que la SA responda con todo su patrimonio. O que el socio haya avalado, particularmente, operaciones de la SA.

3.– La constitución o fundación de la SA. Procedimientos. Escritura y estatutos sociales. La sociedad anónima unipersonal. –

La ley prevé dos procedimientos de constitución

Artículo 13 Procedimientos de fundación.

La sociedad puede fundarse en un solo acto por convenio entre los fundadores o en forma sucesiva por

suscripción pública de las acciones.

Formación simultánea.-

Se regulan en los Arts 14 a 18 LSA. Se realiza en un solo acto en el que todos los socios firman el documento notarial simultáneamente. A partir de este acto notarial único llevan la escritura al RM bien mediante un socio o mediante la gestoría de la notaría. Es la forma de constitución de la mayoría de SA.

Formación sucesiva.-

Arts. 19 y ss. de la LSA. De esta forma sólo se pueden constituir las SA. Es una fórmula empleada cuando se pretende captar socios. Se publicita que se va a constituir una SA y se pide al público que venga a ser accionista. Esto requiere de un procedimiento sucesivo de formación. Fue la forma de constitución del grupo Prisa.

Fases.-

- **Los promotores redactan un programa de formación**, Art. 20 y 21 LSA y lo hacen público. Lo depositan en la CNMV y en el RM y en la prensa. La CNMV interviene ya que se apela al ahorro público.
- **Proceso de suscripción.** Van llegando peticionarios. Arts. 22,23 y 24 LSA. Se rellena un boletín en el que se dice con cuanto se quiere participar. La sociedad ve si hay más peticionarios que capital y reparte a prorrata de peticiones. Terminada esta fase ya se sabe quienes son los accionistas y cuanto van a aportar.
- **Fase de junta constituyente** los promotores, en los plazos marcados en los Arts. 26,27 y 28, convocan a los accionistas. Esa convocatoria se anuncia con orden del día. Esa junta constituye la sociedad. Aprueba las gestiones y los estatutos, Art. 25 LSA. Los acuerdos se adoptan por mayoría de personas y de capital siempre que hayan concurrido, al menos el 25% del capital suscrito. Art. 27. Se levanta un acta Art. 28.
- **La escritura se lleva a la notaria y se inscribe en el RM.**

Toda SA requiere para su constitución escritura pública e inscripción en el RM Art. 7 LSA.

Artículo 7 Constitución e inscripción.

- 1. La sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad anónima su personalidad jurídica, los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad.**
- 2. La inscripción de la escritura de constitución y la de todos los demás actos relativos a la sociedad podrán practicarse previa justificación de que ha sido solicitada o realizada la liquidación de los impuestos correspondientes al acto inscribible.**
- 3. La inscripción de la sociedad se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, en el que se consignarán los datos relativos a su escritura de constitución que reglamentariamente se determinen.**

Con la inscripción en el RM se adquiere la personalidad jurídica pero esto no quiere decir que antes de esta adquisición de personalidad no ha habido nada. Ha habido un contrato que obliga a los que han pactado.

La inscripción se publica en el BO del RM del domicilio donde se depositan tanto escritura como estatutos.

En el RRM a partir del Art. 114 se regula la materia relativa a las SA.

Carácter.-

Artículo 3 Carácter mercantil.

La sociedad anónima, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil, y en cuanto no se rija por disposición que le sea específicamente aplicable, quedará sometida a los preceptos de esta Ley.

Así es que la SA es siempre mercantil cualquiera que sea su objeto social (actividad económica a la que se dedica). Esto ha dado lugar a una discusión sobre si se pueden hacer empresas sin ánimo de lucro que sean SA y esto resultaría imposible ya que toda SA tiene ánimo de lucro. Es por eso que el notario y el registrador podrían entrar a calificar y denegar la inscripción de la SA. Vg. Antes de la creación de las SA deportivas se pretendió inscribir concretamente al Hércules CF como SA y el registrador lo denegó por no reunir las condiciones de una SA. Hacer notar, no obstante, que ánimo de lucro no significa repartir beneficios.

Contenido de la escritura.–

Está regulado en los Arts. 8 y 9 de la LSA que se desarrollan a partir del Art. 114 del RRM.

Artículo 8 Escritura de constitución.

En la escritura de constitución de la sociedad se expresarán:

- a) Los nombres, apellidos y edad de los otorgantes, si éstos fueran personas físicas, o la denominación o razón social, si son personas jurídicas, y, en ambos casos, la nacionalidad y el domicilio.**
- b) La voluntad de los otorgantes de fundar una sociedad anónima.**
- c) El metálico, los bienes o derechos que cada socio aporte o se obligue a aportar, indicando el título en que lo haga y el número de acciones atribuidas en pago.**
- d) La cuantía total, al menos aproximada, de los pagos de constitución, tanto de los ya satisfechos como de los meramente previstos hasta que aquélla quede constituida.**
- e) Los estatutos que han de regir el funcionamiento de la sociedad.**
- f) Los nombres, apellidos y edad de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación social, si fueran personas físicas, o su denominación social si fueran personas jurídicas y, en ambos casos, su nacionalidad y domicilio, así como las mismas circunstancias, en su caso, de los auditores de cuentas de la sociedad.**

Artículo 9 Estatutos sociales.

En los estatutos que han de regir el funcionamiento de la sociedad se hará constar:

- a) La denominación de la sociedad.**
- b) El objeto social, determinando las actividades que lo integran.**
- c) La duración de la sociedad.**
- d) La fecha en que dará comienzo a sus operaciones.**
- e) El domicilio social, así como el órgano competente para decidir o acordar la creación, la supresión o el traslado de las sucursales.**

f) El capital social, expresando, en su caso, la parte de su valor no desembolsado, así como la forma y el plazo máximo en que han de satisfacerse los dividendos pasivos.

g) El número de acciones en que estuviera dividido el capital social; su valor nominal; su clase y serie, si existieren varias, con exacta expresión del valor nominal, número de acciones y derechos de cada una de las clases; el importe efectivamente desembolsado; y si están representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. En caso de que se representen por medio de títulos, deberá indicarse si son nominativas o al portador y si se prevé la emisión de títulos múltiples.

h) La estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad, determinando los Administradores a quienes se confiere el poder de representación así como su régimen de actuación, de conformidad con lo dispuesto en esta ley y en el Reglamento del Registro Mercantil. Se expresará, además, el número de administradores, que en el caso del consejo no será inferior a tres, o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de su retribución, si la tuvieren.

i) El modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad.

j) La fecha de cierre del ejercicio social. A falta de disposición estatutaria se entenderá que el ejercicio termina el 31 de diciembre de cada año.

k) Las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, cuando se hubiesen estipulado.

l) El régimen de las prestaciones accesorias, en caso de establecerse, mencionando expresamente su contenido, su carácter gratuito o retribuido, las acciones que lleven aparejada la obligación de realizarlas, así como las eventuales cláusulas penales inherentes a su incumplimiento.

m) Los derechos especiales que, en su caso, se reserven los fundadores o promotores de la sociedad.

Se debe distinguir entre escritura pública y estatutos ambas están en el mismo documento notarial, primero escritura y luego estatutos, ambos forman parte del mismo documento notarial pero con contenidos diferentes.

Los estatutos regulan la vida societaria.

La escritura regula el contrato asociativo, la voluntad de otorgar y las aportaciones de los socios.

Escritura.-

La escritura empieza con el nombre y apellidos de los otorgantes, personas físicas o jurídicas (socios fundadores que son los contratantes).

Luego se expresa la voluntad de constituir una SA.

Lo que aportan en dinero, en bienes o derechos, el título en el que aportan, la valoración de la aportación, en el caso de muebles. La aportación (fondo o capital) pasa a ser propiedad de la SA.

Acciones que corresponden a cada uno de los socios

Los gastos aproximados derivados de impuestos, escritura e inscripción.

Los estatutos.-

El Art. 8.e LSA dice que la escritura expresará los estatutos.

El contenido mínimo de los estatutos nos aparece en el Art. 9 pero pueden figurar más cosas. Los estatutos son la carta magna, las normas que se inscriben en el RM y por lo tanto conocidas por todos los socios y por terceras personas ya que el RM es público. No tienen por que ser largos pero sí deben resolver lo que los socios quieran regular.

Comienzan con la denominación de la SA Art. 2 LSA..-

Artículo 2 Denominación.

1. En la denominación de la Compañía deberá figurar necesariamente la indicación "Sociedad Anónima" o su abreviatura "S.A.".

2. No se podrá adoptar una denominación idéntica a la de otra Sociedad preexistente.

3. Reglamentariamente podrán establecerse ulteriores requisitos para la composición de la denominación social.

La denominación no puede ser idéntica a la de otra SA ya existente. El Art. 398 y ss. RRM establece requisitos para la denominación.

La denominación es el nombre de la SA y puede ser subjetivo, objetivo o de fantasía. Se determina en los Arts 401 RRM la denominación subjetiva, en el 402 la objetiva y en el 400 otras clases de denominación.

Para determinar que la denominación no coincide con otra se pide al RM central sección de denominaciones una certificación. El peticionario ha de ser uno de los socios que va a acudir al notario Art. 398 a 408 RRM.

En caso de formación de sociedades se acude a esa sección de denominaciones solicitando una certificación de que el nombre que solicitamos está libre.

El Art. 408 RRM aclara que quiere decir idéntico que en denominaciones quiere decir similar o que parece igual.

Se pueden aportar hasta tres nombres en orden de preferencia. Si en la petición figura algún apellido se debe aportar la conformidad del sujeto. Se debe tener cuidado con las denominaciones genéricas que están prohibidas o con las denominaciones nacionales autonómicas o provinciales que solas no puede usarse si se puede usar **aceitunas la española o Valencia tierra y mar etc.**

Una vez tenemos la certificación negativa (nos dice que no hay otra sociedad igual) saber que esa certificación tiene una validez de dos meses por lo tanto la sociedad se ha de constituir en el plazo de dos meses y el plazo cuenta de fecha a fecha. El RM bloqueará, en el ordenador, la denominación durante 15 meses por lo tanto si transcurridos los dos meses no se ha inscrito la sociedad habrá que pedir un nuevo certificado.

No hay que confundir denominación con nombre comercial. Los Registros de la propiedad industrial e intelectual no están conectados con los RM.

Objeto social.-

El Art. 9.b nos dice que se habrán de determinar en los estatutos las actividades que integran la SA. Por otra parte el Art. 117 del RRM nos dice que no podrán emplearse descripciones genéricas que no se inscribirán.

Otras consideraciones.-

Se expresará la duración de la sociedad que puede ser definida o indefinida. Fecha del comienzo de las operaciones para determinar así el año fiscal.

Todo el Art. 9 de la LSA es de contenido obligatorio, el Art. 10 LSA permite otros pactos en virtud de la autonomía de la voluntad pactada que se firma en presencia del notario.

Se debe pagar previamente el impuesto de transmisión de sociedades que se hace en la Hacienda Autonómica y que se acompaña a la escritura notarial y con todo eso se va al Registro.

Se puede ir a la Hacienda Estatal para la obtención del CIF que es un documento administrativo importante que ha de figurar en toda operación que se haga.

Hay un plazo de diez o quince días desde la inscripción hasta que el RM nos dice que ya estamos inscritos y por lo tanto tenemos ya personalidad jurídica.

La sociedad anónima unipersonal.-

Es aquella en la que sólo hay un socio. Y es posible en las SA y en la SL.

Si nos fuéramos a las normas generales de la contratación el CC tendríamos que ver que el contrato es, al menos, bilateral. Lo que hace una sola persona es una manifestación de voluntad. El contrato de sociedad es un contrato plurilateral que en el derecho general tiene algunas peculiaridades respecto al bilateral.

Se verá si es entre varias personas, mas de dos. Si el consentimiento de alguno de ellos está viciado la doctrina dice que el contrato es nulo para él pero para los demás subsiste y esto precisamente es lo que pasa en las sociedades. El vicio en la aportación de un socio no anula la aportación de los demás.

Tanto en el Art. 1665 del CC como en el 166 C.Com. vemos que la sociedad nace con el acuerdo de 2 ó más, personas, con el ánimo de repartirse las ganancias es por eso que habría que decir que la sociedad mercantil es una forma jurídica de empresa que cabe para uno, para dos o para más.

En el DM es típico que en aras a una mejor regulación del tráfico económico se huya de los conceptos dogmáticos del DC pues si se aplicaran no cabría un contrato con uno sólo lo que si cabe en el DM.

La sociedad unipersonal se regula en los Arts. 125 al 129 de la LSRL, artículos aplicables, así mismo, a las SA.

Cuando hablamos de sociedad unipersonal podemos hacerlo bajo dos aspectos: unipersonal originaria y derivativa:

Sociedad unipersonal originaria.-

Es la que en el momento de constitución ante notario comparece uno sólo y él constituye como único socio fundador la sociedad X. Se trata de una sociedad con un único accionista con el 100% del capital y el 100% de acciones.

Sociedad unipersonal derivativa.-

Es la que es posterior. Es el caso de que en el momento fundacional hay más de un socio y después uno de ellos compra las acciones o en el caso de una SL adquiere las participaciones de los demás.

Requisitos.-

Obligación de publicidad.-

Hay que hacer público que somos o hemos llegado a ser una sociedad de único socio Art. 126 LSL que ya se ha dicho que también se aplica a las SA. La compraventa de las acciones en el caso de las derivativas se ha de hacer en escritura pública y se ha de inscribir en el RM diciendo el nombre del socio único Art. 203 RRM. Toda esta publicidad debe figurar, también, en toda la documentación empresarial de la sociedad.

Publicidad de los contratos.-

Los contratos entre el socio único, persona física y la sociedad, persona jurídica; requieren publicidad Art. 128 LSL/SA. Esto es para evitar la autocontratación que está prohibida por el DC en todos los casos pero no prohibida en casos concretos por el DM (caso de una sociedad unipersonal en la que el único socio alquila un local de su propiedad a la sociedad).

Deben constar por escrito o en la forma documental que la ley exija con arreglo a su naturaleza.

Deben inscribirse en el libro de contratos de la sociedad. Todos los contratos que se realicen, venta, arrendamiento,. Este libro debe estar legalizado ante el RM igual que el resto de libros oficiales de la sociedades.

En la memoria anual se hará referencia expresa e individualizada a dichos contratos con indicación de su naturaleza y condiciones. En caso de insolvencia del socio único o de la sociedad no serán oponibles a la masa, no se van a tener en cuenta, aquellos contratos que no se hallen referenciados en la memoria ni inscritos en el libro registro de contratos.

Necesidad de inscripción.-

El Art. 129 LSRL establece que cuando la unipersonalidad de una sociedad sea sobrevenida, si han transcurrido seis meses de la adquisición por un solo socio de todas la acciones y está circunstancia no se ha hecho constar en escritura pública ni, por lo tanto, se ha inscrito, el socio único responderá solidaria e ilimitadamente de las deudas del periodo de unipersonalidad.

4.- La nulidad de la sociedad anónima.-

El Art. 1261 del CC establece que todo contrato para su validez ha de reunir los requisitos de consentimiento, objeto y forma, cuando se trata de contratos bilaterales no hay problema si esto se cumple el contrato es válido. En el contrato plurilateral ya se ha visto que estos requisitos se analizan por separado, puede ocurrir que un socio no tenga capacidad de consentir y no por eso el contrato de sociedad será nulo, sólo lo será para ese socio determinado. Pero además el DM se aparta un poco de estos conceptos en los Arts. 34 y 35 de la LSA .

Causas de nulidad.-

Art. 34 LSA. Los casos de nulidad se limitan mucho en el DM, prueba de que en el DM lo que importa es el negocio.

- Por resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público. Cuando algo que era lícito se convierte en ilícito. Pensemos en una actividad que hoy es lícita pero mañana es declarada ilegal.
- No expresarse en la escritura o estatutos la denominación, aportaciones, objeto social o desembolso mínimo.

- Incapacidad de todos los socios fundadores
- No haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad constitutiva de, al menos, dos socios o uno si la sociedad fuera unipersonal.

5.- Régimen de la sociedad en formación y de la sociedad irregular.-

La sociedad en formación.-

Artículo 15 Sociedad en formación.

1. Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubieren celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad.
2. Por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios, responderá la sociedad en formación con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios. Los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubiesen obligado a aportar.
3. Una vez inscrita, la sociedad quedará obligada por los actos y contratos a que se refiere al apartado anterior. También quedará obligada la sociedad por aquellos actos que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción. En ambos supuestos cesará la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes a que se refieren los apartados anteriores.
4. En el caso de que el valor del patrimonio social, sumado el importe de los gastos indispensables para la inscripción de la sociedad, fuese inferior a la cifra del capital, los socios estarán obligados a cubrir la diferencia.

Es la que quiere inscribirse. Se pueden hacer negocios pero quien responde solidariamente son los socios que los hayan celebrado a no ser que la eficacia del contrato haya quedado a la inscripción.

Responden también, pero sólo con sus aportaciones de lo siguiente:

- De los actos o contratos indispensables para la inscripción de la SA. (pago al notario).
- Por actos o contratos realizados por los administradores dentro de esa fase hasta la inscripción.
- Contratos estipulados por mandatos específicos.

La sociedad irregular.-

Artículo 16 Sociedad irregular.

1. Verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad en formación y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones.
2. En tales circunstancias, si la sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil. El apartado tercero del artículo anterior no será aplicable a la posterior inscripción de la sociedad.

Es aquella que no se quiere inscribir o ha pasado un año y no se ha inscrito.

La LSA lo sanciona y dice que verificada la voluntad de no inscribir cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad en formación, exigir la liquidación del patrimonio y la disolución de la aportación.

Si la SA ha efectuado negocios se aplicará la responsabilidad de la SC.

7.- Las aportaciones sociales. Régimen jurídico.-

Artículo 4 Capital mínimo.

El capital social no podrá ser inferior a diez millones de pesetas y se expresará precisamente en esta moneda.

En el caso de SA la LSA exige una aportación para la constitución de la SA. Esta cantidad, y esto es peculiar de la SA, figura en el balance como fondos propios. Se constituye con las aportaciones de los socios en el momento fundacional.

Las aportaciones aparecen reguladas en los Arts. del 36 al 41 LSA y 121 y 122. 132 a 135 del RRM.

La aportación es lo que cada socio suscribe. Lo que él aporta pasa a ser propiedad de la sociedad.

Puede aportar dinero o bienes inmuebles o muebles todo ello con valoración traducida en €. No se pueden aportar servicios o trabajo. Lo que aporta lo aporta a título de propiedad. Se puede aportar a título de uso siempre que el uso sea valorable en dinero, caso de un usufructo o arrendamiento. También se pueden aportar derechos inmateriales o de crédito.

Problemas de las aportaciones.- Art. 36 LSA.-

- Veracidad de la aportación.
- Exacta y correcta valoración de la aportación.
- Responsabilidades.

La ley distingue según la clase de aportación:

Aportaciones dinerarias.-

Artículo 37 Aportaciones dinerarias.

1. Las aportaciones dinerarias deberán establecerse en moneda nacional.

2. Si la aportación fuese en moneda extranjera, se determinará su equivalencia en pesetas con arreglo a la Ley.

Deben ser en moneda nacional. Si fuera en moneda extranjera se determinará su equivalencia en €. Cuando todos los socios fundadores aportaren dinero se puede ir con el dinero a la notaría o se hace la entrega en un banco en una cuenta abierta a nombre de la SA en constitución. El banco certifica la lista de fundadores que han ingresado. Art. 40 LSA y 132 RRM.

Ese certificado se entrega al notario. Según el Art. 132 RRM ese certificado debe unirse a la escritura. La fecha del depósito de cada uno no podrá ser anterior en más de dos meses a la fecha de constitución de la escritura. De esta manera se asegura la veracidad de la aportación y la correcta valoración. Si pasa de dos

meses se entenderá que la aportación es un préstamo con la correspondiente consecuencia fiscal.

Aportaciones no dinerarias–

Artículo 38 Aportaciones no dinerarias. Informe pericial.

- 1. Las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes designados por el Registrador mercantil conforme al procedimiento que reglamentariamente se disponga.**
- 2. El informe de los expertos contendrá la descripción de cada una de las aportaciones no dinerarias, con sus datos registrales, en su caso, así como los criterios de valoración adoptados, con indicación de si los valores a que éstos conducen corresponden al número y valor nominal y, en su caso, a la prima de emisión de las acciones a emitir como contrapartida.**
 - El informe se incorporará como anexo a la escritura de constitución de la sociedad o a la de ejecución del aumento del capital social, depositándose una copia autenticada en el registro Mercantil al presentar a inscripción dicha escritura.**

Esto exige una valoración y la LSA dice que ha de intervenir un experto independiente que la realice. Este experto será designado conforme al procedimiento del Art. 133 RRM. No se podrá elegir por parte de los socios. El informe de este experto aparece regulado en el Art. 38 LSA. El informe se lleva al notario y se une a la escritura.

Si se aportan acciones que cotizan en bolsa la tasación es la media de cotización del último mes o como mucho el último trimestre. También es correcto utilizar la cotización del día anterior. En el caso de las SRC este informe no existe.

Una vez constituida la SA, en caso de aportación de bienes inmuebles, la escritura se llevará al Registro de la Propiedad (título y modo). Cuando se trate de bienes muebles como patentes y marcas que tienen Registro no hay problema. Cuando se trate de bienes muebles de los que no hay Registro, la norma será la entrega.

Responsabilidades por estas aportaciones.–

Artículo 39 Aportaciones no dinerarias. Responsabilidad.

- 1. Si la aportación consistiese en bienes muebles o inmuebles o derechos asimilados a ellos, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos por el Código Civil para el contrato de compraventa, y se aplicarán las reglas del Código de Comercio sobre el mismo contrato en punto a la transmisión de riesgos.**
- 2. Si la aportación consistiere en un derecho de crédito, el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor.**
- 3. Si se aportase una empresa o establecimiento, el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto, si el vicio o la evicción afectasen a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación.**

Procederá también el saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial.

El aportante está obligado a la entrega y el saneamiento como en la compraventa según se contemplan en el CC

y esto en casos de saneamiento por evicción o en vicios ocultos. Si la aportación consiste en un derecho de crédito el aportante responderá de la legitimidad del crédito y de la solvencia del deudor. Si se aporta una empresa o negocio el aportante está obligado al saneamiento del conjunto si el vicio o la evicción afectara a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación. También al saneamiento de los elementos que sean importantes para el valor patrimonial.

Suscripción y desembolso.

Se puede distinguir entre suscripción y desembolso.

Suscripción.– Es la parte de capital que se obliga a poner cada socio en dinero o bienes traducibles.

Desembolso.– Es entregar dinero.

Cuando hablamos de capital mínimo, hablamos de capital suscrito, no del desembolsado. En la SA es posible no desembolsar el 100% de lo suscrito, es suficiente con desembolsar el 25% en el momento fundacional. El Art. 8.c de la escritura hace referencia a los bienes que cada socio se obliga a aportar. Tendremos pues las acciones suscritas pero el capital no estará totalmente desembolsado.

Este capital no desembolsado recibe el nombre de dividendo pasivo en contraposición al dividendo activo que es el que se reparte cuando hay beneficios.

Estos datos figuran en la escritura, las aportaciones y lo que queda por aportar. Los Arts. 42 a 46 de LSA regulan el dividendo pasivo.

En la escritura consta, también, el plazo en el que se debe aportar ese dividendo pasivo. El Art. 9.g de la LSA nos habla al respecto. Ese plazo también figura en los estatutos.

El plazo de aportación suele oscilar entre 3 y 5 años a requerimiento de los administradores de la SA según las necesidades de tesorería.

En los Arts. 43 y 44 LSA regulan los supuestos de que el socio no aporte lo que le queda y las sanciones son de retirada de voto, tampoco puede percibir beneficios y la sociedad puede reclamarle la cantidad con intereses por vía judicial y vender las acciones sin su consentimiento.

MERCANTIL I.- TEMA XIII.-

EL CAPITAL SOCIAL Y LA ACCION EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

1.- Concepto y funciones del capital social. Distinción entre patrimonio, fonos propios y capital social. Principios rectores del capital social.

el capital social es un cifra en € que aparece en la primera fila del pasivo y se constituye con las aportaciones de los socios.

El capital es una cifra contable, es una cifra de explotación y es una cifra de organización permanente, fija e inmutable salvo previsión estatutaria o modificación.

De tal manera que el primer día de vida de una sociedad tendremos una sola cifra en el pasivo, capital suscrito y otro en el activo, caja o bancos.

Activo Pasivo

Caja.- 70.000 € Capital.- 70.000 €

Si hubiera a portado inmuebles distinguiríamos en el activo entre inmovilizado y caja o bancos y ambas sumarían la cifra del capital.

Activo Pasivo

Caja.- 30.000 €

Inm.- 40.000€ Capital 70.000 €

La cifra del capital es lo que se devolvería a los socios en caso de disolución. Esta cifra figura en la escritura y en los estatutos por lo tanto para cambiarla habrá que modificar los estatutos.

No hay que confundir capital social con patrimonio o fondos netos.

En el balance de una sociedad se distingue entre un **pasivo no exigible** y un **pasivo exigible** que está formado por acreedores a corto y a largo plazo.

En el pasivo no exigible figura la cifra de capital más reservas, o sea beneficios no repartidos y los beneficios pendientes de distribución.

Activo fijo y activo circulante.

Activo fijo que no se mueve y en el que se distingue, **inmovilizado material, inmaterial y financiero**, cada bien se coloca en su sitio. En el **material** se colocan terrenos y construcciones. Todo lo inventariable tal como ordenadores o los propios programas de ordenador. En el **inmaterial** marcas, patentes, nombres. En el **financiero fijo** acciones que no se venderán, al menos, en un año.

Activo circulante en el se colocan nuestros deudores, clientes.

El patrimonio neto no es sólo el capital, capital es un concepto jurídico y además contable. Tampoco hay que confundir capital con dinero en caja. Tampoco hay que confundir un buen balance con tesorería.

2.- la acción como parte alícuota del capital social.-

El capital se divide en acciones. La acción se puede estudiar de tres maneras:

- Como parte alícuota del capital.
- Como título o valor.
- Como conjunto de derechos de su propietario accionista

La acción como representación de una parte del capital o de los derechos del accionista o de un documento es un invento del XVIII que no encontramos en el resto de tipos de sociedades. Los Arts. 47 al 92 LSA regulan la acción.

Como parte alícuota del capital.-

Se divide el capital aleatoriamente en partes alícuotas Art. 47 LSA.

Artículo 47 La acción como parte del capital.

- 1. Las acciones representan partes alícuotas del capital social. Será nula la creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad.**
- 2. No podrán ser emitidas acciones por una cifra inferior a su valor nominal.**
- 3. Será lícita la emisión de acciones con prima. La prima de emisión deberá satisfacerse íntegramente en el momento de la suscripción.**

Eso nos lleva al concepto **valor nominal** de la acción. En una acción que cotiza en bolsa se pueden distinguir tres valores:

- El valor nominal.
- El valor teórico contable o patrimonial.
- El valor de mercado.

El valor nominal. –

Es la parte alícuota del capital y favorece el mecanismo de circulación de la riqueza. El valor nominal se fija en los estatutos. Las acciones están numeradas. Puede haber acciones con valores nominales diferentes que se dividen en series.

Valor teórico contable o patrimonial. –

Es el que resulta del balance, por tanto puede cambiar. Se coge el patrimonio neto y se divide por el número de acciones existentes y así obtendremos el valor. Este valor, normalmente, es superior al valor nominal. Este valor se aproxima a lo que está pasando en la empresa pero no es exacto.

Valor de mercado o valor razonable. –

Es el valor que, en teoría, tendría una cosa en un mercado fiable.

Depende del valor de la empresa o del negocio y depende de lo que la gente quiera pagar por él. Si se cotiza en bolsa el valor del mercado será el valor de cotización.

Se puede pagar más del valor de cotización, es el caso de cuando se quiere tomar el control de una sociedad. El control de una sociedad se puede obtener sin llegar a tener la mitad más una de las acciones y dependerá de la distribución del resto de las acciones.

Si las acciones no cotizan en bolsa su valoración se hará con arreglo al valor de la empresa. Si se vendiera esto requerirá una valoración y una tasación. En la valoración pueden intervenir elementos ajenos al negocio como ganas de vender o de comprar.

3.– La acción como valor mobiliario. Documentación y representación de las acciones. Las anotaciones en cuenta. –

La concepción jurídica de la acción nos aparece a partir del Art. 51 LSA y está ligada a dos temas:

Artículo 51 Representación de las acciones.

Las acciones podrán estar representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. En uno y otro caso tendrán la consideración de valores mobiliarios.

- La representación de las acciones.
- La transmisibilidad.

La representación de las acciones. –

- Mediante representación de títulos.
- Mediante las anotaciones en cuenta.

Mediante representación de títulos. –

Se puede hacer mediante documentos, títulos, papeles, Arts. 52,53 y 54 LSA. Se hace mediante emisión de título, procedimiento que hoy no se usa. El Art. 53 LSA habla de lo que ha de contener el título.

Mediante anotaciones en cuenta. –

Arts. 60 y 61 LSA. Y Dto. 14/2/92 Se hace mediante una clave informática que representa una anotación única en el mundo. Cuando se compra o se vende no se maneja papel. Si se necesita acreditar la titularidad se pide un certificado. Es la forma de representación de las acciones que cotizan en bolsa. Tanto una forma de representación como la otra habrá de fijarse en los estatutos de constitución de la sociedad. Las entidades gestoras están sometidas a la inspección de la CNMV.

Clasificación de las acciones. –

Pueden clasificarse en acciones **nominativas y al portador** lo que tiene relación con el concepto de valor mobiliario.

Esta clasificación se explica porque las nominativas indican el titular de la acción. La acción al portador no lo indica, por lo tanto el titular será el que la posea.

Esta distinción será útil para la venta y transmisión de acciones.

4. – La transmisión de acciones. Restricciones a la libre circulación. –

Las sociedades están obligadas, cuando sus acciones son nominativas, lo que dirán sus estatutos, ha llevar un **libro de registro** de acciones nominativas además del libro de actas. El Art. 55 regula este libro de registro en el que se inscribe quién es el titular de las acciones. Cuando se vende necesitamos comunicar a la sociedad la transmisión para que la sociedad cancele el nombre del anterior titular e inscriba el del actual.

En ese libro se inscribe todo lo que incide sobre propiedad, usufructo y transmisión de las acciones, cualquier accionista tiene derecho de acceso a ese libro y el libro como documento probatorio de la propiedad de las acciones.

La operación de transmisión de acciones no requiere escritura pública sino inscripción en el libro de registro de acciones de la sociedad.

Si se va a hacer escritura el vendedor tendrá que demostrar la titularidad bien mediante títulos o título por lo que el vendedor es el dueño. También se puede aportar la escritura de constitución de la sociedad o certificado del libro de registro o la compraventa que el actual dueño hizo. A continuación se comunica el cambio a la sociedad que está obligada a inscribir en el libro.

Las acciones se pueden transmitir, Art. 56 LSA aunque no estén extendidos los títulos. También se pueden transmitir, cuando son nominativas, mediante endoso.

Cuando no se emitan títulos hay que acudir al mecanismo de escritura pública y notificarlo a la sociedad para que anote en el libro de registro.

Cómo se transmite un título al portador. –

Si está en papel, se pasa de mano a mano. También mediante escritura pública. Esto plantea un problema a las sociedades porque no saben quiénes son sus socios.

Toda persona que tenga acciones en la sociedad de la que es administrador debe comunicarlo a la CNMV.

También debe comunicar a la CNMV todo accionista que tenga una participación significativa, más del 5 %. En ambos casos no suelen vender hay pues una parte cautiva y otra parte de libre flotación que pertenece a inversores que especulan en bolsa y que son de difícil control para la sociedad.

Se ha de saber pues la lista de administradores con las acciones que tienen cada uno al igual que los accionistas mayoritarios.

Restricciones a la libre transmisibilidad. –

Arts. 62 a 65 LSA. La regla general en la SA y sólo en ella es la libre transmisibilidad de las acciones, no está sometida a ninguna restricción, eso no es así en las sociedades personalistas. En las SL siempre hay restricciones a la transmisibilidad.

Las restricciones sólo se dan para las acciones que no cotizan en bolsa, en el fondo estas restricciones lo que hacen es cerrar las SA.

El Art. 62 contiene una regla en la que se dice que hasta la inscripción no se puede transmitir lo que no quiere decir que la transmisión sea nula lo que se hace es una compraventa de cosa futura o se hace una venta sometida a condición.

Cuando la sociedad ya está inscrita el Art. 63 regula las llamadas restricciones a la libre transmisibilidad y dice que sólo serán válidas cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente recogidos en los estatutos. No se puede prohibir la transmisión sólo condicionar Art. 63.2.

Modelos de formas para restringir la libre transmisión. –

Cláusulas de adquisición preferente. –

Es un procedimiento inter-vivos. Si un socio quiere vender los demás socios tiene preferencia para comprar. Las cláusulas regulan los plazos, notificaciones y precio. Si el socio vendedor tiene un comprador de fuera debe indicar quién es y el precio por el que le va a vender. La sociedad lo comunica a los demás socios quienes tienen un plazo para contestar. Los socios pueden contestar que quieren esas acciones pero el precio no es adecuado. Para las divergencias de precio se nombra a un árbitro que es el que lo fija. La compra se hace por el total no vale comprar una parte. Si hay muchos socios compradores se prorratea. Si pasan los plazos y nadie las quiere el vendedor puede vender fuera en las condiciones y precio que indicó. Si no es así no se admitirá a registro el nuevo poseedor con lo que dará lugar a pleito en su perjuicio.

Consentimiento previo. –

También es un procedimiento inter-vivos. Se redactará un tipo de cláusula por la que el socio que quiere vender lo comunica. La sociedad convoca una junta y la mayoría decide si autoriza o no la venta. Hay veces que puede comprar otro socio.

El Art. 63.3 dice que la transmisibilidad sólo podrá denegarse por motivos tasados en los estatutos. Los acuerdos en este sentido, son impugnables en los tribunales ordinarios.

En caso de mortis-causa.-

También se puede restringir la transmisión, Art. 64, por establecimiento en los estatutos. La sociedad debe presentar al heredero un adquirente o adquirir las acciones por el valor razonable, entendiendo por razonable el que determine un auditor de cuentas distinto del de la sociedad nombrado por los administradores.

5.- Régimen de negocios sobre acciones propias.- La autocartera.-

La LSA regula a partir del Art. 74 al 89 lo que se llama autocartera. Hablamos de autocartera cuando una SA compra sus propias acciones. La Ley ha sido muy rigurosa con este mecanismo ya que se podría pensar que estamos ante una disolución anticipada y esto puede influir en los acreedores y en el resto de accionistas.

No se admite la adquisición originaria. Se admite derivativamente (cuando ya las acciones son de los accionistas) con limitaciones y sólo cumpliendo determinados requisitos, con acuerdo de la junta general, con publicidad y transparencia y un tope del 10% de acciones en circulación. En caso de que se trate de acciones cotizadas sólo el 5%.

Estas acciones no tienen voto y si no son vendidas antes de 3 años han de amortizarse mediante una reducción de capital.

No puede haber autocarteras eternas o sin tope o condicionadas, bien sea directa o indirectamente, caso de una sociedad dominante o dominada.

Existe en el Art. 89 un régimen de sanciones y multas por exceso de autocartera. Se trata de un régimen de protección de los activos y de los acreedores. Si hay infracción significa la nulidad de las operaciones

6.- Copropiedad y derechos reales sobre las acciones.-

La acción es susceptible de negocios jurídicos, transmisión onerosa o gratuita a una persona o a varias en copropiedad ya que la acción es indivisible. En caso de copropiedad puede ser indirecta o voluntaria.

Otra cosa es la adquisición con dinero ganancial que no supone una copropiedad. Cuando un matrimonio ha adquirido acciones en régimen de copropiedad si el matrimonio se disuelve habrá que discutir si las acciones eran gananciales o privativas ya que lo normal es que en el momento de la compra haya comparecido sólo uno de los cónyuges al notario.

Mientras dura el matrimonio, el Derecho, presume que esta adquisición es ganancial salvo que se pruebe que es privativo el dinero que se utilizó para la compra.

El Art. 66 LSA nos dice que cuando hay copropiedad, para efectos de representación se deberá designar un representante.

La acción es sujeto de derechos reales y se puede usufructuar o se puede entregar en prenda (pignoración) como derecho real de garantía.

La LSA en el Art. 72 regula el ejercicio de los derechos en este caso y nos dice quién tiene los derechos de accionista que es el propietario esto en caso de que los estatutos no digan nada. El Art. 67 habla del usufructo de acciones por el que se tiene derecho a las rentas de esas acciones. La ley regula del Art. 67 al 70 los problemas prácticos.

Las acciones pueden ser embargadas tras el procedimiento oportuno se regula esta situación en el Art. 73 de la LSA.

MERCANTIL I.- TEMA XIV.-

DERECHOS DEL ACCIONISTA.-

1.- La acción como fundamento de la condición de accionista.- Clases de acciones.-

Las acciones son bienes muebles, valores mobiliarios. Para el mercantilista valor significa dinero. Para el DM el valor mobiliario se puede transmitir por el mero hecho de transmitir la representación del valor. Decimos valor mobiliario en cuanto que se mueve, no nos interesa si es mueble o inmueble.

Los clásicos del DM dicen que la riqueza puede traspasarse a un papel de modo que transmitiendo un papel se transmite la riqueza, acciones, valores, letras de cambio.

Uno es socio de una SA porque tiene acciones. La titularidad de la acción representa la condición de socio y otorga derechos. De esta forma la acción puede ser vista como **condición de socio o como contenido de los derechos de socio**. Es por tanto, importante saber el porcentaje de poder que representas que está en proporción con la cantidad de acciones que se poseen. El sistema de mayorías y minorías, en una sociedad se establece en función de las acciones que se poseen. La acción confiere derechos al socio que se establecen en el Art. 48 LSA.

En este Art. 48 LSA se enumeran una serie de derechos que son inalienables e inderogables ya que no se dice que los estatutos puedan derogarlos. Se trata de una lista mínima de derechos inderogables pero a los que, como es natural, el socio puede renunciar en cualquier momento ya que el hecho de que un derecho sea inderogable no significa que no sea renunciable bien de manera expresa o implícita. Si un socio no pide información, no acude a las juntas y como consecuencia no vota estará renunciando a esos derechos implícitamente.

No todos los derechos están en el Art. 48, se establecen, también, los derechos de minoría que son los que se tienen cuando se posee un porcentaje de acciones. Así tendremos el derecho individual, por una acción que da un derecho mínimo que no es absoluto y que puede ser limitado bien por los estatutos o bien por ley que puede condicionar o limitar el ejercicio del derecho.

Clases distintas de acciones.-

Nada obliga a que las acciones sean de iguales derechos. Pueden haber acciones con más derechos que otras. Pueden haber que sean libremente transmisibles y otras no. Unas tienen derecho de voto limitado. Otras no tienen derecho de asistencia. Todo lo anterior con respecto a los derechos inderogables.

Series de acciones.-

Hablamos de acciones que tienen los mismos derechos pero cuyo valor nominal es diferente.

2.- Derechos que integran la condición de accionista. Su examen pormenorizado.-

La doctrina distingue entre derechos económicos o patrimoniales y derechos políticos o administrativos.

Derechos económicos.-

Son los que tienen un contenido dinerario.

Derecho a los beneficios.–

Es lo que el Art. 215 llama distribución de dividendos. Es un derecho teórico que se convierte en efectivo cuando la junta de accionistas decide repartir. Puede ocurrir que la junta decida lo contrario.

El reparto se hace en proporción o dividendo que se halla dividiendo el beneficio después de que se le ha restado la parte de reserva legal e impuestos entre el número de acciones existentes, el cociente representa el dividendo por el que corresponde retribuir a cada acción.

Como se ve la junta no es soberana, en este caso, ya que a los beneficios brutos ha de detraer la reserva legal que alcanzará hasta el 20% del capital escriturado del que cada año retirará de los beneficios un 10% hasta completar el 20% del capital. También se ha de pagar el impuesto de sociedades que supone el 35% de los beneficios.

Puede ocurrir que la junta, por mayoría, decida no repartir beneficios, entonces el beneficio neto pasa a nutrir la reserva voluntaria o libre que se contabilizará en el pasivo y en Caja.

Puede ocurrir que los estatutos societarios prevean una reserva que se denomina reserva estatutaria.

Es correcto que en una SA que tiene ánimo de lucro de modo reiterado y permanente no se repartan beneficios por acuerdo de la mayoría?.–

Hasta ahora el TS no se ha pronunciado con claridad sobre este asunto y hay sectores que defienden que se trata de un abuso del derecho de la mayoría.

Curiosidad.– El inversor a la hora de decidirse por emplear su dinero se fija en tres aspectos: Rentabilidad de su inversión, es decir, si le va a producir mucho o poco. Liquidez de la inversión si podrá recuperar su dinero rápidamente en caso de necesidad o conveniencia. Seguridad si su inversión no corre peligro o corre el mínimo de peligro.

Las tres características están entremezcladas ya que a mayor seguridad menos rentabilidad y a menos seguridad más interés.

Derecho a la cuota de liquidación.–

Si la sociedad se disuelve se liquidará. La liquidación consiste en transformar todo nuestro activo en dinero y pagar el pasivo. Si, por no ser necesario, ha quedado algo de activo inmobiliario podemos repartir de ese modo o hacerlo efectivo en dinero y repartir con arreglo al número de acciones Art. 266 y ss. El reparto lo encontramos en los arts. 276 y 277 LSA.

Derecho de suscripción preferente.–

Art. 48.2.b. Derecho de adquisición preferente de nueva acciones u obligaciones convertibles. Si se aumenta el capital social por ese aumento se emitirán acciones y es lógico que antes que entren extraños en la sociedad los socios tengan un derecho de suscripción preferente proporcionalmente al número de acciones viejas que posean. Esta circunstancia posibilita el mismo equilibrio económico y político dentro de la sociedad.

Si no se adquieren todas las acciones por esta vía se puede optar por ofrecer el resto al mercado o por aumentar sólo el capital en la medida que haya sido suscrito por los antiguos socios, de manera que si se han adquirido, por este derecho preferente, sólo el 80% de las acciones puestas en circulación, el capital aumentará en ese 80%.

Este derecho no es absoluto y se puede limitar o excluir por decisión mayoritaria de la junta respetando el Art. 159 LSA.

Este derecho de adquisición preferente sólo se aplicará en el caso e que la junta decida la formula anterior ya que si decide la fórmula de aumentar el valor nominal de cada acción no será necesario. Hacer notar que para esta última opción el acuerdo de la junta habrá de ser por unanimidad.

En ambos casos ese aumento de capital lleva consigo una modificación de los estatutos.

Cuando se renuncia a la suscripción preferente se puede aplicar una prima de emisión. La prima corresponde al valor de la sociedad y dado que esto se puede valorar este derecho de adquisición preferente se puede vender o renunciar a él. Arts. 158 y 159 LSA.

Derechos políticos. –

Hacen referencia a los derechos de control en la sociedad. El Art. 48.c hace referencia a la asistencia a las juntas, votar e impugnar los acuerdos.

Derecho de asistencia a las juntas. –

Si se convoca una junta el accionista tiene derecho a asistir a ella. No es un derecho absoluto y depende de los estatutos aparece en los Arts. 104,105 y 106 que habla de la representación.

El Art. 105 que regula la junta general nos dice que se puede exigir la posesión de un numero mínimo de acciones para poder asistir a la junta general que, en todo caso, no podrá ser superior al 1/000 del total de acciones. Esta limitación es útil en grandes sociedades con muchos accionistas. Los accionista pueden juntar sus acciones para llegar al mínimo que marcan los estatutos para poder acudir a la juntas.

Derecho de voto. –

Que también se puede limitar con arreglo a los Arts. 104 y 105 LSA. Estas limitaciones han de estar en los estatutos. El 105.2 refleja esta circunstancia pero está claro que si no se puede asistir no se puede votar.

Se puede fijar estatutariamente el número máximo de votos que puede emitir un accionista. En una sociedad de tres socios en la que uno tiene el 66% y los otros dos el 33%, se puede decir en los estatutos que el que tiene el 66 % vota como si tuviera el 33 % . Se busca que tenga que existir el consenso para la marcha de la sociedad.

Agrupación de acciones. –

Para alcanzar el mínimo exigible para poder acudir a las juntas la acciones que no lleguen al mínimo se pueden agrupar. Esta agrupación requiere una comunicación a la sociedad y designación del socio que va a acudir que emitirá un voto único.

Impugnación de acuerdos sociales. –

Si no se está de acuerdo con una decisión de la junta de accionistas Arts. 115 y ss. LSA.

Este derecho tampoco es absoluto. Puede haber accionistas que no estén legitimados. Los acuerdos de las juntas son impugnables ante los juzgados de lo mercantil.

Derecho de información. –

Que aparece regulado en el Art. 112 LSA con carácter general y luego en el 212 con motivo de la contabilidad de la sociedad. El Art. 212 nos habla de la aprobación de las cuentas. Hay que tener en cuenta que en la SA el derecho de información no es absoluto. Ese derecho de información se ceñirá a lo que la ley diga. En el Art. 112 se ve que no es un derecho absoluto y si no hay junta no se puede ejercer. Ese derecho está limitado en el tiempo **hasta el séptimo día anterior a la celebración de la junta**. También tiene un límite cualitativo sobre los asuntos comprendidos en el orden del día.

Los administradores tiene obligación de facilitar la **información por escrito** hasta el día de la celebración de la junta general.

Si la sociedad cotiza en bolsa, los socios, podrán formular preguntas no sólo sobre el orden del día, también sobre la información que se hubiera facilitado a la CNMV. Los administradores están obligados a contestar.

El Art. 112 habla, también, de la **información verbal durante la junta** a las preguntas que los socios les hagan en las condiciones anteriores. Si no se puede contestar en este momento porque no se dispone de la información, ésta se facilitara al socio que la ha pedido dentro de los 7 días siguientes y por escrito.

Puede ocurrir que se trate de un asunto reservado o que sea inconveniente o perjudicial para la sociedad esto será indicado por el presidente. En el caso de que la pregunta esté avalada por el 25% de las acciones no podrá la presidencia negar la contestación a la pregunta.

Si no se cumple el Art. 112 y se deniega la información la junta será nula y sus acuerdos podrá ser impugnados. En este caso el TS ha sido muy exigente.

Respecto a la información sobre la contabilidad a que se refiere el Art. 212, se refiere a la junta en la que se van a debatir las cuentas anuales, balances, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria. A partir de la convocatoria de la junta general, cualquier accionista podrá obtener de la sociedad de forma inmediata y gratuita los documentos sobre los que se va a debatir así como , en su caso, el informe de gestión y la auditoria de cuentas. En la convocatoria de esta junta se ha de hacer mención a este derecho.

El incumplimiento de lo que dispone el Art. 212 acarrearía la nulidad de los acuerdos de la junta por vulneración de derecho de información.

3.-Las acciones sin voto y acciones rescatables.-

Las encontramos en los Arts. 90 a 92 LSA.

Acciones sin voto.-

Son acciones por las que no se puede ejercer el derecho a voto en las juntas generales de las SA. A cambio de no votar la ley dice que se debe garantizar una rentabilidad mínima. En el caso de que no haya beneficios se recupera el derecho al voto hasta que se cumpla la condición de retribuir. Las acciones sin voto sólo pueden llegar al límite del 50% de las de una SA.

Acciones rescatables.-

Son aquellas que la SA recompra. Hay un compromiso de recompra por parte de la SA a su valor real. Esta circunstancia ha sido fruto de una modificación legal del 1/99.

MERCANTIL I.- TEMA XV.-

ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. LA JUNTA GENERAL.-

1.- Concepto de órgano y sistema de órganos de la sociedad anónima.-

Se habla de órganos porque la SA es una ficción. Es una persona jurídica, una ficción del Derecho, por eso la persona jurídica requiere de órganos para ser sujeto de derechos y obligaciones, órganos que expresen la voluntad, representen y administren el negocio.

Estos órganos son dos:

La asamblea de interesados o junta general que es el órgano soberano, que expresa la voluntad general de los accionistas, expresa la voluntad de la persona jurídica. Es un órgano necesario, no obligatorio y no permanente y que se reúne para tratar asuntos de su competencia.

Consejo de administración es un órgano necesario y permanente que tiene función de gestión interna de la sociedad y tiene representación externa ya que lo que haga vincula a la sociedad.

La junta general de accionistas está regulada en la LSA a partir del Art. 93 hasta el 122. el art. 93 dice:

Artículo 93 Junta general.

1. Los accionistas, constituidos en junta general debidamente convocada, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la junta.

2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general.

Hay un criterio de mayoría para la consecución de acuerdos. Es importante ver en que consiste la mayoría a efectos de las sociedades mercantiles.

Mayoría absoluta.-

Entendemos por ella cuando mitad más una de las representaciones del capital asistan o no asistan a la junta. También se puede utilizar cuando se refiere a la mitad más uno del capital presente, este es el término que suele usarse en las SA.

Mayoría relativa.-

Cuando hay más porcentaje de capital a favor que en contra, las abstenciones no computan. Este término, es también usado en las sociedades mercantiles.

Mayoría reforzada.-

Los estatutos pueden reforzar alguna mayoría matizando en determinados acuerdos graves o importantes.

2.- Concepto, clases y competencias de la Juntas Generales.-

Ya se ha visto que la Junta General que está regulada en el Art. 93 de LSA es el órgano soberano que expresa la voluntad general de los accionistas, expresa la voluntad de la persona jurídica. Es un órgano necesario, no obligatorio y no permanente y que se reúne para tratar asuntos de su competencia.

El Art. 94 de la misma Ley nos habla de las clases de juntas y nos dice que podrán ser ordinarias o extraordinarias y que tendrán que ser convocadas por la administración de la sociedad.

Si los administradores no las convocan, el socio, puede acudir ante el Juez para que sea este quién convoque.

Periodicidad.–

El Art. 95 LSA nos dice que la junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para censurar la gestión social, aprobar en su caso, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado.

Además de estos temas se podrán incluir otras cuestiones como fusiones, extinción de la sociedad lo que deberá figurar en el orden del día.

Qué pasa si la Junta Ordinaria no se celebra en los 6 primeros meses del ejercicio?.–

Hay varias opiniones pero el TS ha buscado una solución práctica que se encuentra en el Art. 96 LSA que nos dice que **toda junta que no sea la prevista en el Art. 95 tendrá la consideración de junta general extraordinaria.**

Otra posición dentro del TS es la de que si no se convoca a tiempo, dentro de los 6 primeros meses, los socios pueden pedir al Juez que convoque.

El TS, algunas veces, ha dicho que esa junta es nula, que no se han aprobado las cuentas y no se puede inscribir nada, bien es cierto que estas sentencias se producen, a veces, hasta ocho años después de producirse los hechos. Se puede dar, pues, que una SA haya aprobado las cuentas del 94 y 95 y las del 93 no las haya aprobado.

Junta Universal.–

El Art. 99 de la LSA nos dice que **no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la junta se entenderá convocada y quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto siempre que esté presente todo el capital social y los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la junta.**

Características.–

- La junta carece de convocatoria formal es autoconvocada.
- Ha de estar presente todo el capital social.
- Cabe la representación.
- Los asistentes deben aceptar por unanimidad la celebración de la junta al principio de la misma.
- La jurisprudencia añade que se tiene que estar de acuerdo en el orden del día.
- Las actas son diferentes de las de las juntas ordinaria o extraordinaria y en ellas figurará además de la aceptación de la celebración la aceptación del orden del día y la firma de todos lo que garantiza que hubo unanimidad en la convocatoria y en el orden del día.

Las juntas universales son útiles si la convocatoria no es conflictiva.

3.– Requisitos de la convocatoria, constitución y celebración de las Juntas Generales.–

Son formalidades y valen tanto para las JO como para las JE.

El Art. 97 LSA dice **1. La junta general ordinaria deberá ser convocada mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia, por lo menos quince días antes de la fecha fijada para su celebración.**

2. El anuncio expresará la fecha de la reunión en primera convocatoria y todos los asuntos que han de tratarse.

Aunque el Art. 97 habla de JO la jurisprudencia entiende que es también aplicable a la JE.

El Art. 98 LSA nos habla de la segunda convocatoria y dice: **1. En el anuncio a que se refiere el artículo anterior, podrá, asimismo, hacer constar la fecha en la que, si procediera, se reunirá la junta en segunda convocatoria.**

2. Entre la primera y la segunda reunión deberá mediar, por lo menos, un plazo de veinticuatro horas.

3. Si la junta general debidamente convocada no se celebrara en primera convocatoria, ni se hubiere previsto en el anuncio la fecha de la segunda, deberá ésta ser anunciada con los mismos requisitos de publicidad que la primera, dentro de los quince días siguientes a la fecha de la junta no celebrada y con ocho de antelación a la fecha de la reunión.

Requisitos.-

Publicación.-

Se debe publicar en el BORME. Por muy pequeña que sea la empresa se tendrá que publicar en un periódico del ámbito provincial de la empresa de los de mayor circulación. La publicación se ha de hacer, por lo menos, quince días antes de la fecha fijada para su celebración. En este caso el TS ha dicho que el día inicial es cuando se publica o sea que ese día ya cuenta.

Lugar de celebración.-

Será en el lugar del domicilio social. Se ha de hacer constar fecha y hora de la celebración y lo ha de hacer constar en cuanto a la primera y segunda convocatoria. La junta se puede prorrogar a un día consecutivo por acuerdo de la junta. Art. 109 LSA.

Orden del día.-

- Debe ser claro y conciso.
- Los temas que no figuren en el orden del día no pueden ser tratados aunque estén de acuerdo los presentes, esto con la excepción del **cese de los administradores**.
- Elementos de información para los accionistas.

Quién convoca.-

El Art. 100 de la LSA dice: **1. Los administradores podrán convocar la junta general extraordinaria de accionistas siempre que lo estimen conveniente para los intereses sociales.**

2. Deberán, asimismo, convocarla cuando lo soliciten socios que sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar en la junta. En este caso, la junta deberá ser convocada para celebrarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se hubiese requerido notarialmente a los administradores para convocarla.

3. Los administradores confeccionarán el orden del día, incluyendo necesariamente los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud.

Vemos que los administradores son los que convocan siempre que lo estimen conveniente. Que lo deberán

hacer cuando se lo pida el 5 % del capital social que tendrá que indicar los asuntos a tratar al que se podrá añadir lo que la junta decida, también, tratar. Este 5 % se podrá conseguir por acuerdo entre los socios. La petición deberá ser dirigida al administrador por escrito. Se puede hacer mediante requerimiento notarial acreditando que los peticionarios ostentan la representación de, al menos, el 5 % del capital. Como se ve en el punto 3 del Art. 100 los administradores redactan el orden del día y deben incluir los asuntos que hayan solicitado los solicitantes.

Convocatoria judicial. –

Prevista en el Art. 101 LSA **1. Si la junta general ordinaria no fuere convocada dentro del plazo legal, podrá serlo, a petición de los socios y con audiencia de los administradores, por el Juez de Primera Instancia del domicilio social, quien además designará la persona que habrá de presidirla.**

2. Esta misma convocatoria habrá de realizarse respecto de la junta general extraordinaria, cuando lo solicite el número de socios a que se refiere el artículo anterior.

Este Art. no deja claro de quién es la competencia, podemos decir que a partir de Septiembre deberemos acudir al Juzgado de lo Mercantil.

El Juez da traslado de la petición a los administradores de la sociedad si en el plazo de 5 días el Juez no tiene noticia de que se ha convocado o que se va a convocar, el Juez puede proceder a la convocatoria y designa a quién va a presidir la junta.

En el caso de JE si está solicitada al administrador por el 5 % del capital y este no convoca, los socios que forman ese 5 % del capital, podrán acudir al Juez y él está obligado a convocar.

Constitución de la junta. –

Los Arts. 102 y 103 LSA hablan de la constitución de la junta.

1. La junta general de accionistas quedará válidamente constituida en primera convocatoria cuando los accionistas presentes o representados posean, al menos, el veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho de voto. Los estatutos podrán fijar un quórum superior.

2. En segunda convocatoria, será válida la constitución de la junta cualquiera que sea el capital concurrente a la misma, salvo que los estatutos fijen un quórum determinado, el cual, necesariamente, habrá de ser inferior al que aquéllos hayan establecido o exija la Ley para la primera convocatoria.

En la primera convocatoria quedará la junta válidamente constituida cuando esté presente, al menos, el 25 % del capital.

Los estatutos pueden fijar un quórum superior.

El Art. 103 nos expresa casos en los que la ley refuerza el quórum de constitución y habla de lo siguiente: **1. Para que la junta general ordinaria o extraordinaria pueda acordar válidamente la emisión de obligaciones, el aumento o la reducción del capital, la transformación, fusión, o escisión de la sociedad y, en general, cualquier modificación de los estatutos sociales, será necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho a voto.**

2. En segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del veinticinco por ciento de dicho capital.

Cuando concurren accionistas que representen menos del cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho a voto, los acuerdos a que se refiere el apartado anterior sólo podrán adoptarse válidamente con el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta.

3. Los estatutos sociales podrán elevar los quórum y mayorías previstas en los apartados anteriores.

No obstante, los estatutos podrán elevar este quórum no pudiendo llegar al 100 % ya que entonces se trataría de una JU.

Asistencia y representación. –

Cualquier accionista tiene derecho a asistir y a votar. Los Arts. 104 y 105 LSA permiten que los estatutos condicionen el derecho de asistencia.

Artículo 104 Legitimación para asistir a la junta. –

1. Los estatutos podrán condicionar el derecho de asistencia a la junta general a la legitimación anticipada del accionista, pero en ningún caso podrán impedir el ejercicio de tal derecho a los titulares de acciones nominativas y de acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta que las tengan inscritas en sus respectivos registros con cinco días de antelación a aquel en que haya de celebrarse la junta, ni a los tenedores de acciones al portador que, con la misma antelación, hayan efectuado el depósito de sus acciones o, en su caso, del certificado acreditativo de su depósito en una entidad autorizada, en la forma prevista por los estatutos. Si los estatutos no contienen una previsión a este último respecto, el depósito podrá hacerse en el domicilio social.

El documento que acredite el cumplimiento de estos requisitos será nominativo y surtirá eficacia legitimadora frente a la sociedad.

2. Los administradores deberán asistir a las juntas generales. Los estatutos podrán autorizar u ordenar la asistencia de directores, gerentes, técnicos y demás personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales.

3. El presidente de la junta general podrá autorizar la asistencia de cualquier otra persona que juzgue conveniente. La junta, no obstante, podrá revocar dicha autorización.

El 104 habla de que puede que los estatutos digan que para asistir a la junta se requiere identificarse en el caso de las acciones nominativas, o por certificado de anotación en cuenta 5 días antes de la celebración de la junta, esto para evitar el juego de compraventas.

Si las acciones son al portador los estatutos pueden exigir la identificación, también 5 días antes.

Artículo 105 Limitaciones de los derechos de asistencia y voto.

1. Los estatutos podrán exigir respecto de todas las acciones, cualquiera que sea su clase o serie, la posesión de un número mínimo para asistir a la junta general, sin que, en ningún caso, el número exigido pueda ser superior al uno por mil del capital social.

2. También podrán fijar con carácter general el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista o sociedades pertenecientes a un mismo grupo.

3. Para el ejercicio del derecho de asistencia a las juntas y el de voto será lícita la agrupación de acciones.

El Art. 105 hace otra limitación distinta, por la necesidad de tener un límite de acciones mínimas que se fijan en los estatutos y que no podrá ser inferior al 1 /000.

El accionista puede hacerse representar por otros según fijan los Arts. 106, 107 y 108.

La representación puede ser otorgada, también, a quién no sea accionista aunque los estatutos suelen limitar esta posibilidad y suelen decir que el representante tiene que ser accionista.

La representación es siempre revocable, de manera que si el accionista asiste, se entiende revocada la representación.

La representación ha de darse por escrito y, con carácter general, para cada junta. No vale representación general. Exige, por tanto, que la junta se convoque.

En cuanto a la forma de otorgar la representación , la Ley 26/2003 que modifica la 24/1998 del Mercado de Valores, ha añadido a los Arts. 105 y 106 dos apartados en el sentido de que se podrán utilizar los medios telemáticos para otorgar la representación y votar por parte de los accionista facultando a los estatutos en este extremo. En este sentido se debe garantizar la identidad del sujeto que vota. La identidad del que emite el correo electrónico se debe garantizar mediante la firma electrónica.

Solicitud pública de representación. –

El Art. 107 establece normas especiales para la solicitud pública de representación. En el 107.1 dice que siempre que los administradores, los bancos o las entidades gestoras de anotaciones en cuenta soliciten mediante escrito el otorgamiento de representación de las acciones que una persona posee en una determinada sociedad, esta petición deberá llevar el orden del día y las instrucciones de voto en cada punto de ese orden del día. Si no dice nada el representante debe indicar el sentido de su voto.

El representante puede no seguir las instrucciones en casos determinados.

También se entiende que ha habido solicitud pública cuando alguien lleve la representación de más de 3 accionistas, en ese caso el impreso debe cumplir los mismo requisitos.

Todos los requisitos del 106 y 107 no tienen lugar cuando se trata del supuesto del Art. 108 LSA que dice que los supuestos del 106 y 107, no serán de aplicación cuando el representante sea el cónyuge o un ascendiente o descendiente del representado ni tampoco cuando aquél ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representante tuviere en territorio nacional. Si el accionista asiste a la junta la representación queda revocada.

Quiénes son el presidente y el secretario de la junta. –

Artículo 110 Presidencia de la junta.

1. La junta general será presidida por la persona que designen los estatutos; en su defecto, por el presidente del Consejo de administración, y a falta de éste, por el accionista que elijan en cada caso los socios asistentes a la reunión.

2. El presidente estará asistido por un secretario, designado también por los estatutos o por los accionistas asistente a la junta.

Conviene que se ponga en los estatutos para evitar conflictos y además de esa manera ya está resuelto.

Artículo 111 Lista de asistentes.

1. Antes de entrar en el orden del día se formará la lista de los asistentes expresando el carácter o representación de cada uno y el número de acciones propias o ajenas con que concurran.

2. Al final de la lista se determinará el número de accionistas presentes o representados, así como el importe del capital del que sean titulares, especificando el que corresponde a los accionistas con derecho de voto.

Se confecciona la lista de asistentes con el fin de determinar el capital presente o representado. Si la sociedad es pequeña es conveniente poner la lista en el acta. Si la sociedad es grande se pone sólo el resumen y la lista se informatiza. El soporte informático se ha de conservar visado por el secretario de la junta.

Debates de la junta.-

El presidente ordena el debate y da y quita palabras. Se exige que los asistentes pidan la palabra por escrito haciendo constar el tema del orden del día sobre el que quieren intervenir.

En las intervenciones, los accionistas, pueden pedir información que puede ser dada por la mesa o por los directivos e la sociedad. Si el accionista pide una documentación se le suministrará en plazo breve.

La votación de los acuerdos se puede producir, bien a la conclusión de cada punto o cuando se hayan debatido todos los puntos de los que consta el orden del día.

Las votaciones pueden ser a favor, en contra o abstención.

Se aprueban los acuerdos por mayoría de capital representado. Si nadie muestra discrepancia se entiende que se vota por unanimidad.

Los accionistas pueden hacer que conste en acta el asunto que consideren oportuno sobre los temas del orden del día. Es importante que en el acta conste el sentido y el nombre de la persona que quiere que se incluya en el acta dicha circunstancia.

4.- El acta de la junta general. Contenido, modos de aprobación y clases. Certificaciones y elevación a público de los acuerdos sociales.-

Aprobación del acta.-

Artículo 113 Acta de la junta.-

1. El acta de la junta podrá ser aprobada por la propia junta a continuación de haberse celebrado ésta, y, en su defecto, y dentro del plazo de quince días, por el presidente y dos interventores, uno en representación de la mayoría y otro por la minoría.

2. El acta aprobada en cualquiera de estas dos formas tendrá fuerza ejecutiva a partir de la fecha de su aprobación.

La aprobación del acta no quiere decir que se aprueben los acuerdos, sólo que se aprueba el acta. Puede que un interventor no esté de acuerdo con el acta, circunstancia que figurará en la misma.

Salvo casos raros se debe hacer el acta lo más escueta posible.

Artículo 114 Acta notarial.

1. Los administradores podrán requerir la presencia de Notario para que levante acta de la junta y estarán obligados a hacerlo siempre que, con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la junta, lo soliciten accionistas que representen, al menos, el uno por ciento del capital social.

Los honorarios notariales serán de cargo de la sociedad.

2. El acta notarial tendrá la consideración de acta de la junta.

Si la junta es conflictiva el acta debe ser notarial. Según el Art. 114 se persona un notario en la junta para que levante acta de la misma.

Hay una discusión sobre si el acta levantada por el Notario debe ser aprobada por los accionistas y vemos que el Art. 114 no dice nada al respecto luego no se someterá a votación.

Las actas son firmadas por el secretario con el VºBº del presidente, esto salvo en la JU que la firman todos.

Sobre la confección del acta el Art. 113 no dice nada y nos deberemos ir al Art. 97 del Rto. RM que habla del contenido del acta que se ha de seguir al pie de la letra. En el caso de acta notarial lo encontraremos en el 102 del mismo Rto.

El acta se ha de inscribir en el libro de actas que es obligatorio en las sociedades donde se recogen todas las actas de los órganos colegiados de la sociedad. Este libro de actas se debe legalizar en el RM y se puede hacer en blanco o por hojas sueltas para mecanizar.

Certificaciones.-

Puede que necesitemos certificar algún acuerdo a los efectos de inscribir en el RM por ejemplo cuando la Ley exija escritura pública como en el caso de las modificaciones de estatutos. Si esto se prevé se hará en la misma junta un apoderamiento al presidente o al secretario.

Para las certificaciones el Art. 108 Rto. RM dice quién está facultado para elevar a documento público y el Art. 109 Rto. RM dice quién está facultado para certificar. El Art. 11 prevé la situación de que el que certifique no esté inscrito en el RM. El modelo de certificación lo encontramos en el Art. 112 y a él hay que ajustarse.

5.- La impugnación de los acuerdos de la junta.-

la impugnación se regula en los Arts. 115,116,117 y 118 de LSA.

Procedimiento.-

Es un procedimiento de impugnación judicial ante el Juez de lo Mercantil. Mediante juicio ordinario con LEC sea lo que sea lo que estamos discutiendo.

Acuerdos que pueden ser impugnados.-

El Art. 115 habla de que podrán ser impugnados los siguientes:

- Los acuerdos contrarios a la ley.
- Los contrarios a los estatutos.

- Los que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad.

El Art. 115 habla de **acuerdos nulos**, aquellos que sean contrarios a la Ley y de **acuerdos anulables** los que sean contrarios a los estatutos y los que lesionen los intereses de la sociedad.

Qué es el interés social.

La Jurisprudencia ha dicho que se trata del interés de los socios, el interés de la sociedad o sea el interés empresarial.

Plazo.

Artículo 116 Caducidad de la acción.

1. La acción de impugnación de los acuerdos nulos caducará en el plazo de un año.

Quedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público.

2. La acción de impugnación de los acuerdos anulables caducará a los cuarenta días.

3. Los plazos de caducidad previstos en los apartados anteriores se computarán desde la fecha de adopción del acuerdo y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

La fecha de la adopción del acuerdo no computará. Si se trata de un año el plazo es de fecha a fecha.

Si los acuerdos a impugnar fueren inscribibles en el RM la fecha se computará desde la fecha de publicación en el BORME.

Legitimación.

El Art. 117 LSA nos dice:

Para la impugnación de los acuerdos nulos.

Están legitimados todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite un interés legítimo, tales como proveedores, acreedores o trabajadores de la empresa. Todos los accionistas incluso los que hayan votado a favor o los que no asistieron o los que se abstuvieron.

Para la impugnación de acuerdos anulables.

Están legitimados los accionistas asistentes a la junta que hubieren hecho constar su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubieren sido ilegítimamente privados del voto así como los administradores.

La Jurisprudencia viene pidiendo que los legitimados sean los que voten en contra y lo hagan constar en acta.

La demanda.

La demanda se dirige contra la sociedad con hechos donde se dice que se celebró tal junta y que se tomaron tales acuerdos. Se hará constar la legitimación activa y pasiva. Después los fundamentos de Derecho, Juez competente. Carácter de nulidad o carácter anulable de los acuerdos en cuestión. Se puede pedir tanto la

nulidad como la anulabilidad pero con argumentos distintos.

Efectos de la sentencia.–

Artículo 122 Sentencia.

1. La sentencia que estime la acción de impugnación producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado.
2. La sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El Boletín Oficial del Registro Mercantil publicará un extracto.
3. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia determinará además la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.

6.– Especialidades de junta generales para las sociedades que cotizan en bolsa.–

No se encuentran en LSA. Están en la Ley 26/2003 de 17/7 del Mercado de Valores con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

La Ley 26/2003 ha tenido su origen en dos comisiones formadas a raíz de los escándalos financieros producidos en USA y Europa. Se formaron dos comisiones, primero la Comisión Olivenza y luego la Comisión Aldana que elaboraron códigos de recomendaciones a las sociedades españolas. Los acontecimientos hicieron que estas recomendaciones se convirtieran en leyes imperativas tales como la obligación anual del informe del **gobierno corporativo**.

- La necesidad u obligación de que aquellas sociedades que coticen en bolsa tienen que aprobar un reglamento de la junta general que ha de ser aprobado en la junta general. Ese reglamento ha de entregarse a la CNMV (copia con certificado). Tras entregarlo en la CNMV hay que inscribirlo en el RM. Ese reglamento ha de desarrollar la Ley y los Estatutos. Ha de incluirse en la página Web obligatoria de todas las sociedades que coticen en bolsa. Art. 113 a 117 de la Ley del Mercado de Valores.
- Las sociedades que cotizan en bolsa deben de aprobar un **informe de gobierno corporativo**. Dicho informe se ha de comunicar a la CNMV, se ha de publicar en la página Web y debe de estar a disposición de los accionistas. En el informe se explica que se cumple o no se cumple lo que indica el Art. 116 de la LMV y si no lo cumple explicará por que no lo cumple. Esto es de información pública. El contenido del informe de gobierno corporativo se desarrolla en la OM del Ministerio de Economía que a través de una circular del 29/3/2004 ha enviado una especie de formulario en el que se debe dar información sobre la estructura de la sociedad, de los accionistas significados, los que tiene más del 5% del capital, acciones que tienen cada uno de los consejeros etc. La Ley de acompañamiento de los presupuestos del 2004, exige, en las empresas cotizadas una comisión de auditoría y una serie de comités del consejo de administración. Además el informe estará en la página Web de la sociedad y debe haber fácil acceso a este informe de gobierno corporativo que se debe poder imprimir. El Art. 117 habla de la informatización de la información. El no cumplimiento supone infracción grave a la LMV.
- **En relación con la junta general** hay que aprobar un reglamento de la junta general además de lo previsto en la LSA sobre lo que digan los estatutos hace falta un texto articulado de reglamento de la junta general que se aprobará en junta y se inscribirá en el RM.
- **Publicidad de los pactos parasociales.** Las reglas de funcionamiento deben estar en la Ley y en los estatutos pero pueden que existan pactos privados entre los accionistas que no son públicos y que ni están en la Ley ni en los estatutos. Caso de **sindicación** en virtud de la que determinados accionistas se comprometen a actuar de determinada manera de forma que entre los accionistas sindicados tienen la mayoría y pueden actuar como tal. Es el caso del Valencia CF. El problema es que cuando uno compra

acciones de una sociedad quiere saber quien manda. Por eso el Art. 112 LMV impone la publicidad para estos casos. Si los pactos no son públicos y no se comunican a la CNMV y no están inscritos en el RM vendrán las sanciones y el acto será inválido y no producirá efecto alguno. Si determinados pactos sociales llegan a un capital del 25% estarán obligados a hacer una OPA.

7.- Especialidades para no cotizadas.-

La novedad más importante es la posibilidad de que los estatutos prevean un sistema de ejercer la votación y la representación por medio de la firma electrónica.

MERCANTIL I.- TEMA XVI.-

EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.-

1.- Concepto y competencias.-

Arts. 123 a 143 LSA. La SA es una persona jurídica por lo tanto es algo inmaterial que necesita órganos sociales para expresar su voluntad.

La asamblea de socios es uno de estos órganos que no es permanente y que no lleva la gestión diaria.

El órgano de administración realiza dos funciones, **gestión y administración** a nivel interno y otro de **función de representación externa** frente a otras personas.

Hay que distinguir los **administradores** de los **altos directivos**, los altos directivos son empleados y su relación con la SA es una relación laboral especial, contrato laboral de alta dirección. El alto cargo depende directamente del administrador. Su contrato es especial porque se trata de un puesto de confianza con alto nivel de responsabilidad. Su salario no está sometido al convenio y se negocia al margen de la legislación laboral con el consejo de administración.

2.- Clases o formas del órgano de administración.-

No encontramos en la LSA los modelos de órganos de administración. Lo encontramos en el RRM concretamente en el Art. 124 donde están los modelos que tienen que ser uno de esos modelos que figurará en los estatutos.

El Art. 124 RRM dice que en los estatutos se hará constar la estructura del órgano al que se confía la administración y que puede ser:

Administrador unipersonal único.-

Es el modelo de las pequeñas SA. Se habrá de decir en los estatutos y en la escritura fundacional. Se puede hablar de una persona física o una persona jurídica que a su vez tendrá que designar una persona física. Representará a la sociedad en todas las circunstancias y sus actos obligan a la sociedad.

Administrador pluripersonal.-

Varios administradores que actúan solidariamente. El poder de representación corresponde a cada uno de ellos pero los actos, en este carácter, de uno, obligan al otro. Esto en caso de que los estatutos no delimiten las funciones de cada uno.

Administradores que actúan conjuntamente.-

Son dos administradores que actúan conjuntamente. A esto se le llama administración mancomunada. En este caso el poder se ejerce mancomunadamente. Han de firmar los dos.

Consejo de administración. –

Que estará integrado por un mínimo de 3 miembros. Si se escoge este modelo, en los estatutos, se dirá quién lo integra. Se puede decir el mínimo de tres y que el consejo constará de 9 miembros, por ejemplo y no es necesario nombrar a los nueve en ese momento.

En las sociedades que cotizan en bolsa, las normas de buen gobierno dicen que los administradores han de tener los siguientes perfiles:

- Un primer perfil de altos directivos.
- Un segundo perfil que estaría compuesto por los llamados accionistas dominicales (significativos, con más del 5% del capital).
- Un tercer perfil de independientes que pueden tener alguna acción pero que no son significativos. Lo que es está pidiendo cada vez más por las normas de buen gobierno. Estas normas nos dicen lo que se entiende por Consejero independiente que es aquel que :
 - ◆ Que no es un accionista significativo.
 - ◆ Que no tiene relación familiar con los accionistas significativos.
 - ◆ Que no es empleado de otro consejero.
 - ◆ Que tenga independencia económica o sea que el sueldo que perciba como consejero no sea determinante para su economía.

Las reglas del buen gobierno dicen que la mayoría del consejo no deben ser ejecutivos de la compañía para garantizar la independencia. Es por eso que se tiende a que la mayoría sean consejeros externos.

El poder corresponde al consejo que actúa de manera colegiada. Se necesita reunión para tomar acuerdos que se hace por mayoría de los asistentes no de acciones. En los estatutos se puede dar voto de calidad en caso de empate. Si no lo dicen los estatutos no será así. El 124 RRM nos habla de que los estatutos podrán atribuir la representación a uno o varios consejeros de manera solidaria o mancomunada.

El modelo depende de la estructura de la empresa, en las pequeñas empresas es frecuente el administrador único. En sociedades con capital repartido entre dos o tres es frecuente ver la administración mancomunada o solidaria y se suele nombrar a todos los socios. El consejo es más frecuente en medianas y grandes sociedades sobre todo cotizantes en bolsa.

3. – Ámbito de representación del órgano de administración. –

Los consejeros se ocupan de la gestión interna y de la representación. El Art. 129 de la LSA se ocupa de las cuestiones externas ya que en la gestión interna lo pueden todo. Sin perjuicio de los poderes notariales que tenga cada empleado, el consejero los tiene todos.

La representación se entiende a todos los asuntos que marcan los estatutos como objeto social. Cualquier limitación de las facultades representativas, aunque estén inscritas, será ineficaz frente a terceros.

La sociedad queda obligada frente a terceros que hayan actuado de buena fe aunque el acto no esté comprendido en los estatutos. De lo dicho se desprende que los administradores tienen un poder amplísimo que incluso sobrepasa el ámbito de los estatutos.

4. – Nombramiento y cese de los administradores. –

Este aspecto se contempla en la LSA Arts. 123 al 143. Desde el 123 al 135 se refiere a todos los modelos y desde el 136 al 143 se refiere al Consejo de Administración.

Se nombran siempre por la junta general Art. 123 LSA. No se requiere la condición de accionista a menos que lo digan los estatutos. Los administradores son nombrados por la junta general en cuya convocatoria debe de constar este nombramiento en un punto del orden del día.

Hay dos excepciones a lo dicho para el caso del consejo de administración:

- El llamado sistema de cooptación.
- El sistema de nombramiento proporcional.

El sistema de cooptación.-

El consejo tiene un mínimo de 3 miembros y un máximo que lo fijan los estatutos. En la escritura de constitución se pueden nombrar a algunos o a todos los previstos. De entre los puestos que se nombraron al principio y por cualquier circunstancia queden libres, o sea, que queden vacantes y vacante quiere decir que antes estaba ocupado se puede nombrar por cooptación por parte del consejo al nuevo administrador que será de entre los accionistas. En la próxima junta general se debe ratificar el nombramiento por mayoría de las acciones representadas, si no es así el nombrado cesará el mismo día de la junta.

El sistema proporcional.-

Se utiliza para respetar el derecho de la minoría a estar representada en el consejo en función del capital que tenga. Art. 137 LSA. Aquí se trata de puestos que estén libres.

Para llevarla a cabo se divide el número de miembros del consejo por el número de acciones otorgando, por lo tanto a cada puesto el número de acciones a que corresponde a estos efectos. Puede ocurrir si el mínimo de acciones para obtener representación en el consejo es del 20% se unan dos minorías con el 10% cada una a fin de obtener representación.

La minoría ha de manifestar expresa y públicamente que se convoque a una junta para cubrir esa parcela.

La cooptación es una posibilidad mientras que la proporcionalidad es un derecho.

Incompatibilidades.-

A ellas se refiere el Art. 124 LSA modificado por la disposición final vigésima de la Ley Concursal 22/2003 nos dice que no podrán ser administradores los menores de edad, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal o algunos funcionarios públicos.

Aceptación del nombramiento.-

El art. 125 LSA dice que no será administrador hasta que acepte y conste fehacientemente su aceptación que deberá ser inscrita en el RM dentro de los 10 días siguientes de producirse el nombramiento.

En el nombramiento se hará constar la filiación del nombrado y edad si fuera persona física. Así lo marcan los Arts. 141 y 142 del RRM.

El RRM indica que en el acta de nombramiento se ha de hacer constar el cese del administrador o administradores anteriores y el nombramiento del nuevo. Los Registradores están exigiendo el estado civil por la posible responsabilidad de gananciales. El acta debe hacer constar si se ha aceptado el cargo cosa que

certifica el secretario bajo su responsabilidad. La aceptación puede ser por escrito con firma legitimada notarialmente todo lo cual figurará en el RM.

Si el nombrado está presente en la junta, el acta hará constar que estaba presente y que aceptó y que ha declarado que no está inmerso en ningún caso de inaceptación.

También se puede aceptar después. Se precisa documento de aceptación. La firma se debe legitimar ante Notario, se adjunta certificado de la junta y se lleva al RM

Duración del cargo. –

El Art. 126 LSA nos dice que la duración del cargo se reflejará en los estatutos y no puede exceder de 5 años. En el nombramiento se debe de decir por el periodo que son nombrados.

Caducidad del mandato. –

Cuando el mandato termina y no se nombra al siguiente estamos ante **el administrador de hecho** que es el que de verdad manda. Si no se nombra nuevo administrador el Art. 145 RRM nos dice que el que hay continuará hasta que se celebre la próxima junta general ordinaria.

5.– Retribución de los administradores. –

El Art. 130 LSA nos habla de que el cargo puede ser retribuido o gratuito, esta circunstancia se debe expresar en los estatutos ya que si no se dice nada se entenderá que el cargo es gratuito. Es obligatorio, en caso de retribución explicitarlo en los estatutos, hay tres modelos:

- Cantidad fija anual. No es necesario que se diga la cuantía que será determinada cada año por la junta general.
- Dietas por asistencia a las reuniones en caso de Consejo de Administración. La cantidad la fijará la junta.
- Participación en beneficios.

Se pueden acumular los tres modelos o dos. El sistema debe quedar claro en los estatutos.

Si se trata de participación en los beneficios, a la Ley le preocupa que los administradores impongan un criterio es por eso que el Art. 130 habla de que cuando la retribución consista en una participación en la ganancia sólo podrá ser detráida de los beneficios líquidos después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal o la reserva estatutaria y además haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4% como mínimo. Hecho todo esto la jurisprudencia de DGRN dice que se debe decir el porcentaje sobre los beneficios esto es importante ya que tiene consecuencias fiscales por que:

- La retribución, en la renta de las personas físicas, es rendimiento del trabajo personal sometida a retención del 35 %.
- Si la retribución figura en los estatutos, para la sociedad que paga se trata de un gasto que significa menor beneficio y por lo tanto el 35% que se paga será menor, por lo tanto la forma de pago ha de estar en los estatutos por que de lo contrario no será gasto deducible.

Esto no quiere decir que el consejero no pueda tener un contrato laboral especial o de prestación de servicios con la SA. Con lo que cobraría como consejero y además el salario del puesto que ocupe en la compañía. En este caso los estatutos pueden hablar de determinados cargos que no tienen retribución si no se dice nada cobrarán por los dos conceptos.

Es posible que los estatutos expresen diferencias de retribución para cada consejero

6.- Deberes de los administradores.-

Como ya se ha visto los administradores, en el aspecto interno tienen todos los poderes o sea en el aspecto de gestión y administración, todo lo pueden.

Para el aspecto externo los Arts. 128 y 129 LSA hablan del poder de los administradores para obligar a la sociedad frente a terceros de buena fe.

El Art. 128 nos habla de los actos de objeto social previstos en los estatutos. Si las facultades se limitan aún en el supuesto de estar inscritas en el RM no afectará a terceros y la sociedad quedará obligada si éstos han obrado de buena fe y sin culpa grave aunque el acto no esté dentro del objeto social.

La buena fe se utiliza en un doble sentido. Sentido subjetivo como deber o deber conocer o no conocer o no poder conocer. Si yo conocí y debía conocer por mis condiciones no tendría buena fe. En sentido objetivo hablamos de lo que la media estándar entiende por buena fe.

7.- La responsabilidad de los administradores. La acción social y la acción individual de responsabilidad.-

Los encontramos en los Arts. 127, 127bis, 127ter, 127quáter, que fueron introducidos por la Ley 26/2003 de modificación de la anterior LMV y que ha endurecido los deberes del administrador.

Se configura la regla general de conducta y dice que el administrador se debe comportar como un ordenado empresario. Un representante leal de la sociedad y de sus intereses llevando el negocio como si fuera propio. Debe estar diligentemente informado sobre la marcha de la sociedad. En realidad se asimila al administrador como si fuera empresario.

Se trata de un estándar profesional de conducta que los americanos dividen en:

- Deber de cuidado y control de vigilancia.
- Deberes de fidelidad y lealtad. Además del cuidado de vigilancia estos deberes incluyen el secreto y la confidencialidad.

Establecido el estándar y deberes se entiende la responsabilidad de los Arts. 133, 134 y 135. los administradores responden del daño por actos u omisiones contrarios a la Ley o estatutos o las realizadas por omisión de los deberes inherentes del cargo. No se trata de dolo se es responsable por la falta de diligencia. Cualquier falta mínima de diligencia es tenida como responsabilidad. Esto también se entiende para los **administradores de hecho** entendido en este caso como los administradores que de verdad mandan, no los hombres de paja.

Responden solidariamente todos los miembros que tomaron el acuerdo o realizaron el acto menos los que prueben que no han intervenido en la adopción y ejecución del acto y que además de no haber intervenido desconocían la existencia del mismo o conociendo la existencia hicieron todo lo suficiente para evitar el daño o se opusieron expresamente a la realización del acto.

Cómo se puede exigir la responsabilidad.-

La Ley prevé dos acciones contra los administradores:

- Acción social de responsabilidad.
- Acción individual de responsabilidad.

Acción social de responsabilidad. –

Es la que acuerda interponer la propia sociedad que reclama a los administradores. Se contempla en el Art. 134 LSA y la inicia la junta o los accionistas si la junta no lo hace.

Es una excepción a la condición del orden del día preestablecido y se puede pedir la votación por parte de algún accionista. La legitimación se establece en el 134. la acción social significa que se está reclamando en interés de la sociedad y el dinero que se consiga, en su caso, va a la caja de la sociedad.

Acción individual de responsabilidad. –

La tiene el directamente perjudicado, socios o terceros que se vean lesionados en sus intereses. Aquí no hace falta junta. El denunciante habrá de probar que se tomó un acuerdo que le produjo daño y que existe nexo de causalidad entre la conducta y el daño.

Las dos acciones se pueden simultanear.

Prescripción de la responsabilidad. –

Las acciones contra los administradores las encontraremos en el Art. 949 del CCO. y su prescripción se fija en cuatro años a contar desde que por cualquier motivo hayan cesado en el cargo de administradores, esto tanto en la acción social como en la individual.

8. – Régimen jurídico del consejo de administración. –

Se trata de un nombramiento como administrador que no tiene ni contrato y lo nombra la junta general.

Convocatoria. – Convoca el presidente del consejo.

Orden del día. – Se ha de confeccionar pero es flexible no como en el caso de la junta. Recordar que es deber del administrador acudir a las sesiones del consejo.

Sistema de votación. – Se establece el quórum con la mitad más uno de los miembros. Los acuerdos se toman por mayoría de los presentes. El consejo tiene la facultad de autoorganizarse, lo permite el Art. 141. Pueden existir comisiones integradas por sus miembros. Se puede formar una comisión ejecutiva que funciones cada cierto tiempo, esto se ha de regular en los estatutos.

Las normas de la Ley 7/2003 exigen para las sociedades cotizadas en bolsa una **comisión de auditoria**, o sea, que haya un núcleo de administradores que se relacionen con los auditores de cuentas es obligatoria en casos de cotizadas y no para el resto. Se recomienda **la comisión de nombramientos y retribuciones** que la forman los consejeros que se encargan de informar sobre las cualidades de nuevos consejeros.

El consejo puede delegar funciones en un determinado consejero, todas excepto las que la ley determina que no son delegables tales como la rendición de cuentas y la presentación de balances a la junta general, tampoco se pueden delegar las facultades que la junta haya delegado en el consejo Art. 141.

Se puede hacer una delegación permanente o esporádica. Si es permanente se debe votar con los 2/3 de los componentes del consejo y además ha de inscribirse en el RM.

Apoderamientos. – Se pueden dar poderes a cualquier persona. El consejero tiene todos los poderes, no necesita que se le den poderes notariales puesto que por el hecho de ser consejero tiene todos los poderes para representar a la sociedad. Los apoderados son, normalmente, altos directivos pero no administradores y

que tienen poderes notariales.

En las medianas y pequeñas sociedades puede ocurrir que además de consejeros sean ejecutivos de la compañía. En ese caso cobrarán como consejeros con arreglo a los estatutos y además tendrán una relación laboral, especial, por la que percibirán un sueldo. Es el caso del presidente ejecutivo que tiene su poder como administrador y un contrato laboral especial Art. 22 ET.

Otro caso es el del secretario del consejo, si es consejero cobrará como los demás y además si es asesor se registrará por un contrato mercantil de arrendamiento de servicios.

MERCANTIL I.- TEMA XVII.-

LA MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS.-

1.- Introducción. Concepto y requisitos formales y materiales.-

Todo lo referente al tema lo encontraremos en los Arts. 144 al 170 LSA.

Los estatutos están inscritos en el RM y no se pueden cambiar salvo con procedimientos que faciliten la información y la transparencia.

Requisitos para la modificación.-

El Art. 144 habla de los generales:

- Sólo puede hacerse con acuerdo de la junta general de accionistas.
- La propuesta se ha de incluir en el orden del día con claridad, entendiendo por claridad según la jurisprudencia que se haga referencia al tema concreto.
- Hace falta un informe justificativo del cambio hecho por quién lo propone y que puede ser el consejo de administración. Pueden ser los socios que representen al 5% del capital y esto lo han de aportar al orden del día y también han de justificar su propuesta.
- A la junta en concreto habrán de asistir, en primera convocatoria el 50% del capital Art. 103, que es el quórum de constitución o el 25% en segunda convocatoria. La votación por mayoría del capital presente

Toda modificación requiere escritura pública e inscripción en el RM del nuevo texto de los estatutos.

Cuando se quieran cambiar los estatutos, en la convocatoria de la junta, se debe incluir el aviso de la existencia de la información sobre este extremo a disposición de los accionistas.

2.- La protección de los accionistas en algunos supuestos de modificación estatutaria. El derecho de separación.

Los Arts. 145,146,147 y 148 intentan proteger a las minorías de algunos abusos de la mayorías.

- Si la mayoría mediante un cambio de estatutos pretende imponer nuevas obligaciones a los accionistas esto se deberá adoptar con la aquiescencia de los interesados Art. 145.1
- Si se cambia el régimen de la libre transmisibilidad de acciones, el Art. 146 nos dice que durante tres meses la minoría no se someterá al acuerdo. En este tiempo puede buscar compradores para sus acciones. Este sería un límite temporal. Esto es el primer caso de **derecho de separación**
- Si la mayoría pretende sustituir el objeto social el Art. 147 dice que los que hayan votado en contra podrán separarse. Se puede exigir a la sociedad que compre las acciones al precio que de común acuerdo se fije o mediante su fijación por auditor impuesto por el RM. Estamos ante el **segundo caso del derecho de**

separación que vale también para los accionistas sin voto.

- El tercer caso del **derecho de separación** es la transformación de la SA en una sociedad personalista ya que la responsabilidad del socio cambia.
- Si la modificación perjudica a una clase de acciones se precisa el acuerdo de la mayoría de esos accionistas Art. 148.

3.-El aumento del capital social.- El derecho de suscripción preferente.-

La ley regula ampliamente Arts. 151 a 170 el aumento y la reducción del capital social, circunstancia que se encuentra en los estatutos.

Puede llegar el momento en el que la sociedad necesite financiación. La puede buscar tanto interna como externamente. Cuando es interna puede ser fruto de su negocio, de su activo circulante pero también de nuevas aportaciones de los socios al capital. Puede buscar financiación externa mediante préstamos que aumentarán su pasivo exigible.

El pasivo de la empresa está formado en primer lugar por el capital y las reservas; reservas que pueden ser: La legal que llega hasta el 20% del capital, la estatutaria que fijan los estatutos y la voluntaria o libre. Además el pasivo lo forma el pasivo exigible que es todo aquello que debemos que puede ser a corto o a largo plazo.

Si el dinero se pide a los accionistas al aumentar el capital se aumentan los fondos propios y se mejora el balance. Ese dinero entraría en tesorería, cuenta de activo y en el pasivo en la cuenta de capital.

Procedimientos de aumento de capital.-

Jurídicamente se pueden adoptar dos fórmulas Art. 151

- Aumento de capital por incremento del valor nominal de las acciones existentes
- Emitir nuevas acciones.

Clases de aportaciones.-

- La aportación puede ser dineraria o no dineraria mediante bienes muebles o inmuebles Art. 154 y 155.
- Cabe alguna modalidad económica de contravalor que la ley regula en el Art. 156 y que es el aumento de capital por compensación de créditos (caso Terra Mítica). Esto tiene la ventaja de que disminuye el pasivo exigible y se sana el balance con una mera anotación contable.
- Aumento de capital con cargo a reservas se contempla en el 157. Consiste en destinar las reservas libres y llevarlas al capital. Se da imagen de más seguridad para el acreedor.

Si el aumento se pretende mediante el aumento del valor nominal de las acciones se requiere la unanimidad del capital, es por esto que el método es poco usado aunque tiene la ventaja de que no entra nadie de fuera en la sociedad.

Derecho de adquisición preferente.- Art. 158.

En el caso de emisión de nuevas acciones que cubran ese nuevo capital no se exige la unanimidad. En este supuesto existe un derecho de los accionistas que es el llamado derecho de suscripción preferente en proporción al nº de acciones que se tengan.

El aumento de capital puede ser a la par o no, a veces, ocurre que para ajustar el valor de las acciones antiguas a las nuevas se hace que cada tantas antiguas por una de las nuevas.

La ley contempla el derecho de suscripción preferente a fin de mantener los mismo derechos políticos y económicos.

Exclusión del derecho de suscripción preferente.-

Como en todos los derechos no estamos ante un derecho absoluto y se puede excluir en algún caso concreto, así la propia junta por mayoría puede acordar que en este caso no hay derecho de suscripción preferente Art. 159, en los casos en que el interés de la sociedad lo exija:

- Caso del que va a aportar algo a la empresa como una marca, unas instalaciones o una red de distribución, no es accionista pero quiere serlo. En este caso el acuerdo de la junta ha de ser por mayoría y el que haya votado en contra puede impugnar el acuerdo.
- En el caso de compensación de créditos.
- Cuando se busca aumentar la base accionarial (Caso del Valencia SAD en el 95).

Suscripción incompleta.-

El Art. 161 nos habla de la suscripción incompleta y se refiere al caso de que la ampliación propuesta no se suscribe íntegramente. El capital aumentará en la cuantía de las suscripciones efectuadas sólo si las condiciones de la emisión hubieran previsto expresamente esta posibilidad. Si esto no se dice no se puede aumentar el capital y todo quedara como antes. No cabe la autocartera Arts. 75 y ss.

El proceso termina con la escritura pública notarial de aumento e inscripción en el RM de los nuevos estatutos.

Capital autorizado.-

La junta general puede delegar en los administradores, Art. 153 los detalles referentes a la ampliación y sólo les fija el capital autorizado. Esta delegación tiene el límite de 1 año.

4.- La reducción del capital social. Protección de los acreedores.-

Se contempla en los Arts. 163 al 170 y es todo lo contrario de lo que hemos visto. La reducción puede llegar al mínimo del capital exigido para la fundación de la SA. Es un acuerdo de la junta y requiere modificación de los estatutos.

Modalidades jurídicas.- Art. 163.

- Amortización de acciones.
- Disminución del valor nominal de las acciones.

La reducción tiene la finalidad de amortizar pérdidas o de devolver aportaciones a los socios.

Protección de los acreedores.- Derecho de oposición.-

El Art. 166 lo contempla y es debido a la garantía que el capital supone para los acreedores esto es para el caso de que no tengan garantías sobre su deuda se da un plazo para ejercerlo. No lo tendrá aquellos que tienen sus créditos garantizados por hipoteca.

El acuerdo se ha de publicar en el BORME Art. 165 y en dos periódicos. Desde la fecha de publicación el plazo para ejercer el derecho de oposición es de 1 mes. El 167 contempla los supuestos en los que los acreedores no podrán oponerse.

5.- Reducción y aumento simultáneos del capital social.-

Se contempla en el Art. 169 es la llamada operación acordeón. En una empresa cuyo patrimonio es 0 y un inversor está dispuesto a comprarla. Se hace una junta y se reduce el capital a 0, en ese momento no hay accionistas. En el mismo acto, la ley permite, que esos accionistas decidan aumentar el capital social renunciando al derecho de suscripción preferente y así entra el nuevo empresario.

Se puede reducir el capital social adquiriendo las propias acciones para suprimirlas Art. 170, antes se las ofreceremos a los accionistas si las adquieren no se producirá la reducción.

MERCANTIL I.-TEMA XVIII.-

CUENTAS ANUALES.-

1.- Concepto y estructura legal de la cuentas anuales.-

Todo lo referente a este tema lo encontramos en el C.Com. cuando habla del plan general de contabilidad y en los preceptos de la LSA en el Art. 171 y ss. Habrá que mirar el tema en el que ya hablamos de las cuentas.

Las cuentas anuales son un documento contable y obligatorio. Inventario y cuentas anuales que se componen de balance, cuentas de pérdidas y ganancias y memoria. Fuera de esto algunas sociedades han de hacer un informe de gestión que no forma parte de las cuentas y que no se somete a votación de la junta general de accionistas.

El balance aparece el Art. 175 hasta el 188 LSA. El modelo de pérdidas y ganancias a partir del 189 hasta el 192. la memoria se contempla desde el Art. 199 hasta el 201 y el informe de gestión lo encontramos en el Art. 202.

Sobre estos documentos existen dos grandes modelos, el completo y el abreviado para pequeñas sociedades. Esta posible opción no es voluntaria y depende de si la sociedad, en cuestión, reúne los requisitos para poder hacerlo, Art. 181, y tiene importancia por dos razones:

- Las sociedades que realizan el modelo abreviado no han de hacer informe de gestión.
- Tampoco están obligas a auditar las cuentas mediante auditores externos.

Quién puede hacer balance abreviado.-

Lo pueden hacer las SA que reúnan los requisitos del Art. 181 y han de ser las que durante dos ejercicios económicos consecutivos reúnan al menos 2 de los tres requisitos siguientes:

- Que el total de las partidas del activo no supere los 395.000.000 de Pts. durante dos años consecutivos.
- Que el importe neto de la cifra anual de negocio no supere los 690.000.000 Pts. aquí se refiere a la cuenta de resultados, o sea importe de las ventas menos los descuentos practicados.
- Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 50.

Aquellas sociedades que cumplan dos de estos tres requisitos pueden hacer balance abreviado que no se someterá a lo previsto en los Arts. 175 a 180.

Cuando nace la sociedad, el Art. 181, durante el primer año, si se reúnen dos de los tres requisitos podrá hacer balance abreviado.

2.- El balance del ejercicio.-

El balance expresa el patrimonio de la sociedad. Lo que tiene y lo que debe, la diferencia es el patrimonio neto e indica la solvencia patrimonial del negocio.

3.- La cuenta de pérdidas y ganancias.-

Indica la marcha del negocio. La diferencia entre ingresos y gastos. Si hay más ingresos que gastos estaremos ante beneficios.

4.- La memoria.-

Es la explicación detallada de los dos documentos anteriores.

5.- Quién elabora y formula las cuentas anuales.-

Los administradores han de firmar las cuentas y se hacen responsables de ellas.

Plazo.-

El plazo es de tres meses desde el cierre del ejercicio. Los administradores han de formular y firmar las cuentas antes del 30/3 del año en curso referentes a las del año anterior si el ejercicio finalizó el 31/12. Si el órgano de administración es un Consejo de administración habrá que reunirlo y votar.

6.- La auditoria de las cuentas anuales.-

Arts. 203 a 211 y están obligados en las siguientes condiciones:

- Cuando la ley lo imponga. Caso de las sociedades cotizantes tengan el tamaño que tengan, también las bancarias las de seguros y las de medios de comunicación.
- Si la ley no obliga, sólo lo harán las sociedades que han de hacer balance completo. Nunca estará obligado el empresario persona física, cosa distinta es que quiera hacerlo o que el juez lo imponga.

Los auditores externos pueden ser grandes compañías o una persona física a la que se le exige el título de auditor según ley de 1988 y Rto. Del 89 que regulan la profesión de auditor.

Quién los nombra.-

La junta general de la compañía que esté obligada y antes de que finalice el ejercicio que se ha de auditar. Se nombran por un periodo no inferior a 3 años ni superior a 9.

Si se nombran por tres años cuando estos años pasen y como el nombramiento está inscrito en el RM habrá que hacer un nuevo nombramiento e inscribirlo de nuevo pero sólo podrá hacerse año a año. Todo esto tendrá que ser aprobado en la junta general. El nombramiento limitado tiene por objeto que los auditores mantengan su independencia.

Tienen un contrato de arrendamiento de servicios que es a su vez un contrato de obra ya que ellos deben entregar la auditoria sino no cobrarán.

Qué vigilan los auditores.-

Amen de todos los documentos contables, contratos de trabajo, de arrendamiento de servicios, cotizaciones a la SS etc en lo que más se fijan es:

- **Las provisiones.**– caso de la sociedad que decide provisionar por riesgos poco ciertos o inciertos esto implica menos beneficios y por lo tanto menos impuestos. Las provisiones deben estar justificadas.
- **Las amortizaciones.**– Sobre inmuebles o maquinaria etc. Del activo inmovilizado. Suponen unos gastos y por lo tanto menos beneficios y como consecuencia menos impuestos. Las amortizaciones vienen fijadas en tablas de amortización fiscales y se tiene en cuenta que no sean mecanismo rápidos que evitarían el pago de impuestos. Para estimular la inversión hay amortizaciones aceleradas.

Plazo.–

El plazo de auditoria es de un mes desde la formulación de las cuentas por lo tanto si las cuentas se formularon el 28/2 el 28/3 Art. 210 LSA. Es lógico que como están nombrados antes de que acabe el ejercicio ellos empezarán a trabajar antes.

Informe.–

El informe de auditoria, Art. 209 LSA lleva delante una carta de los auditores y en ella se pueden decir tres cosas:

- Que todo está bien y a su leal saber y entender las cuentas reflejan la realidad de la situación patrimonial y financiera. Esta es una auditoria limpia o sin salvedades.
- Carta con salvedades que habrá que ver cuentas son y su gravedad. Puede ocurrir que se trate simplemente de desacuerdo conceptual entre los auditores y los contables de la compañía, esta circunstancia, normalmente, se suele arreglar antes.
- El auditor dice que no ha podido emitir un informe. No puede omitir opinión. Es una auditoria sucia..

7.– Quién aprueba las cuentas.–

Lo hace la junta general ordinaria Art. 212 y ss. Esa junta se ha de celebrar en los siguientes seis meses al cierre del ejercicio y según las últimas tesis del TS no vale si tenía que ser el día 30 celebrarla el día siguiente so pena de nulidad.

La junta además de aprobar las cuentas aprueba la gestión de los administradores y además ha de decidir lo que hace con el resultado del año anterior.

8.– Aplicación del resultado del ejercicio.–

Si se han obtenido pérdidas no hay ninguna decisión a tomar al respecto. se compensarán con cargo al crédito fiscal. Si se tienen beneficios hay que aplicar el resultado y su reparto o no. Arts 213 y ss.

Respecto al beneficio líquido neto se hallará después de llenar la reserva legal 20% del capital y se destina un 10% del beneficio, la estatutaria si está establecida, se pagan los impuestos y lo que quede es beneficio líquido.

Se puede repartir todo o repartir parte y el resto llevarlo a reservas voluntarias libres. La decisión se toma por mayoría Art. 48 LSA. Puede haber abuso de la mayoría de no repartir.

El dividendo es la parte de beneficio que le corresponde a cada parte del capital o sea a cada acción, se hallara dividiendo los beneficio líquidos entre el número de acciones.

9.– La publicidad de las cuentas.–

La ley exige que las cuentas sean públicas. Se dispone en los Arts. 218 a 222 LSA. Se depositan en el RM y

este es el que a requerimiento de terceros les entrega fotocopias de las mismas por lo tanto son públicas. Las sociedades cotizadas verán sus cuentas publicadas en la página Web de la CNMV.

En el RM existe una carpetilla para cumplimentar por las sociedades obligadas.

El depósito de las cuentas en el RM se hará en el plazo de un mes después de la junta general que las apruebe. El impuesto de sociedades se liquida en el mes de Julio. Lo referente al depósito de cuentas se regula en el RRM Art. 365.

En esta circunstancia el RM no actúa como órgano calificador sino como un órgano de publicidad y el Registrador controla el cumplimiento de las formalidades en las cuentas.

La Ley establece sanción a quien no deposite o no enmiende las cuentas el Art. 221 habla del cierre del RM para esta sociedad lo cual es muy grave ya que interesa a la vida futura de la sociedad.

MERCANTIL I.- TEMA XIX.-

LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.-

Se trata de una sociedad de capitales con características de una sociedad capitalista. Regulación mediante Ley 2/1995 del 23/3.

En la práctica la mayoría de las pequeñas empresas, en España, se organizan mediante esta fórmula. Por cada SA hay 3 SL. No se podrá decir, no obstante que el modelo de SL es sólo para las pequeñas empresas ya que hay pequeñas empresas que cotizan en bolsa y por lo tanto necesariamente han de ser SA y hay grandes empresas, caso de BMV que son sociedades limitadas. Lo que si es cierto, como se ha dicho que la mayoría de las empresas medianas y pequeñas, que reúnen el 90 % de empleo en España, son SL.

Todos los conceptos son iguales que en la SA, por lo tanto, dice el profesor que sólo veremos aquellas diferencias entre los modelos y dice además que siempre lo pregunta en examen.

1.- Consideraciones generales.-

- La SL es un modelo social en el que conviven elementos personalistas con elementos capitalistas.
- La SL es, en principio, una sociedad de pocos socios que no tienen libertad de entrada y salida. No tiene libertad para vender sus participaciones. Siempre hay restricciones. No es tan cerrada como la colectiva que requiere unanimidad para salir y no es tan abierta como la cooperativa.
- La LSL es mucho más flexible que LSA haciendo distinción entre imperatividad y disposición. En toda el área del derecho público hay más normas imperativas. En el derecho privado la norma es el pacto. Pero vemos que LSA hay más normas imperativas que en la LSL que muchas veces hace alusiones a términos como sin perjuicio y sólo en caso de que no se ponga habrá que regirse por la LSL, mientras que la LSA si no se pone una cosa habrá que corregir o estaremos ante actos nulos. Esta flexibilidad se traduce en la sencillez y en menos gastos.
- A nivel de tutela hay un mayor nivel de tutela del socio o de la minoría.
- La LSL ha regulado un nuevo modelo en su Capítulo XII dedicados a la Sociedad Nueva Empresa que es un nuevo modelo de limitada especial destinada a regular las microempresas.

2.- Diferencias con la Sociedad Anónima.-

Participaciones sociales.-

Art. 1 al 5 LSL. En la SA nos encontramos con las acciones aquí son las participaciones sociales. No se trata

de un simple cambio de nombre y nada tiene que ver las acciones con las participaciones.

El capital se divide en participaciones sociales. Las participaciones no tienen carácter de valores ni pueden estar representadas ni anotadas en cuenta.

Sólo existen en los estatutos y en las escrituras. Son, en principio, iguales en derechos. La condición de socio se acredita mediante escritura de constitución o con el libro de socios que es un registro de personas y no de acciones.

Capital mínimo. –

El capital mínimo legal que en la SA es de 60.000 € en la SL es de 3.000€ y ha de estar totalmente desembolsado en el momento constitutivo o en una ampliación de capital. En la SA se puede desembolsar el 25 %.

Prohibición de conceder créditos y garantías a socios y administradores de la sociedad y prohibición de emitir obligaciones. –

Arts. 9 y 10 LSL.

En la SA hay un método de financiación interna mediante aumento de capital pero también externa mediante préstamos bancarios o se puede acudir a la emisión de deuda. Esto lo pueden hacer las SA cotizadas en bolsa previa autorización de la CNMV.

En cuanto a créditos y garantías las SL si los pueden conceder a sus filiales con acuerdo de la junta general y el hecho de que no lo puedan hacer a sus propios socios o administradores es para evitar la confusión entre el patrimonio de los socios y el de la sociedad.

No existe la fundación sucesiva. –

En la SA la fundación podía ser simultánea o sucesiva. En el caso de SL siempre simultánea. El comienzo de las operaciones Art. 14 es el de la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución salvo que los estatutos digan otra cosa. El plazo de duración de la sociedad es indefinido salvo que se diga algo en los estatutos y en la SA hay que decirlo expresamente.

Las aportaciones no dinerarias. –

Que recoge el Art. 21 no tendrán que ser valoradas como en el caso de la SA por un experto independiente. En la SL no hace falta este informe y son los socios los que deciden lo que vale el bien y ellos se hacen responsables de lo que dicen.

En cuanto a las participaciones. –

No es ni acción ni documento y sólo está en la escritura. Para acreditar que se es socio se usará el libro registro de socios.

La transmisión de participaciones sociales. –

Que encontramos en los Arts. 29,30,31,32,33 y 34 de LSL. Hemos visto que en las SA hay libre transmisión si no se quiere libre transmisión hay que ponerlo en los estatutos por que si nada se dice rige el principio de libertad para transmitir. En la SL el principio es el contrario. No hay libertad de transmisión y en los estatutos ha de constar uno de los dos sistemas, el de transmisión preferente o si no se pone nada rige el sistema que se

establece en el Art. 29 que es el sistema de consentimiento o de autorización para el que hay que reunir a la junta general por eso se debe elegir el de adquisición preferente. La transmisión puede ser entre socios o entre un tercero. La ley dice que salvo disposición en contra, la transmisión entre socios será libre pero esto también se puede eliminar ya que este sistema puede alterar las relaciones de poder dentro de la sociedad. Todo lo dicho es para transmisiones inter vivos.

Para las transmisiones en caso de mortis causa. –

Que se recogen en el Art. 32 LSL, los estatutos podrán establecer a favor de los socios sobrevivientes un derecho de adquisición preferente de las participaciones del causante aún antes que los herederos. Esto con un valor razonable, el Art. 32 dice que regirá lo que dice el Art. 100 LSL, con plazo de tres meses para la adquisición preferente. El Art. 100 nos dice que a falta de acuerdo se valorarán por un auditor si no estamos tampoco de acuerdo el auditor nuevo será aportado por el Registrador Mercantil. En cuanto al criterio de valor razonable es una terminología que se ha introducido en los dos últimos años y hace referencia al valor real que se halla mediante cálculos financieros huyendo de la valoración del caso concreto ya que puede estar contaminada por la subjetividad del momento y de la situación. Si los estatutos guardan silencio la transmisión de las obligaciones se hará como la del resto de los bienes del causante.

Para las transmisiones forzosas (subasta por deudas del socio). –

Art. 312, la sociedad espera la subasta y antes de la adjudicación paga. En todas las diferencias referentes a la transmisibilidad de las participaciones se ve que aunque estamos ante una sociedad capitalista no es totalmente abierta ya que sólo se limita la transmisión de participaciones puesto que si se prohibiera estaríamos ante una sociedad cerrada y personalista caso de la sociedad colectiva.

En cuanto a las juntas generales. –

Arts. 43 a 56 LSL si se compara con los Arts. 93 en delante de la LSA se ve que en las SL no hay distinción entre JO y JE aquí sólo hay junta general de socios.

Competencias de la JG. –

El Art. 44 LSL parece querer establecer una lista de competencias de la JG para quitar competencias a los administradores. En la SA no hay un listado de funciones y para saberlas en la SA se tienen que seguir dos criterios, primero ver la ley y segundo que ya sabemos que la junta no puede ni gestionar ni representar. El 44.2 dice que salvo disposición expresa en los estatutos la junta podrá dar instrucciones, pero esto también pasa en la SA en la que se pueden someter a la junta determinados asuntos de gestión. Esto ocurre porque la ley piensa que la SL es una sociedad de pocos socios en la que se funciona con cierto grado de consenso.

Convocatoria de la Junta. –

En el caso de convocatoria de junta en la SA se debe publicar quince días antes de su celebración en el BORNE y en un periódico, salvo JU. El Art. 46.1 LSL nos dice lo mismo que para la SA. Pero en el 46.2 se establecen diferencias en cuanto que se podrá convocar la junta por cualquier medio de comunicación individual y escrito que asegure que el socio recibe la comunicación. Se denota una flexibilidad mayor que en la SA.

Quórum para las JG. –

En cuanto al quórum de votación y el de constitución. En la SA para constitución ordinaria el quórum se fija en el 25 % en 1ª convocatoria y en la 2ª no se fija nº. Cuando se han de tratar determinados asuntos en la 1ª convocatoria será el 50% y en la segunda el 25%, los estatutos pueden aumentarlo sin llegar al 100%. El

quórum sólo se comprueba a la entrada.

La mayoría se obtiene con el capital presente. En cuanto a la SL lo primero que se observa en el Art. 53 es que no hay quórum de constitución, sólo mayorías de votación que la ley exige:

- ◆ Mayoría ordinaria del 33 % del capital social lo que demuestra la necesidad de buscar amplios acuerdos.
- ◆ Para casos concretos el 50% de las participaciones han de votar a favor.
- ◆ En casos muy graves se necesita el 66% del capital.

El derecho de información.-

Sobre el derecho de información haya que comparar los Arts. 51 y 86.2 LSL con el 112 y 212 LSA. En el 86.2 dice que en el plazo de quince días entre la convocatoria y la celebración salvo disposición contraria de los estatutos, los socios que representen el 5% del capital podrán examinar las cuentas por sí o en unión de expertos. Esto no está en la SA en la que el socio sólo tiene derecho a información no a revisión.

Conflicto de intereses.-

El Art. 52 LSL nos refiere el conflicto de intereses. En el marco de una empresa puede que un socio sea a la vez proveedor, en ese caso habrá un conflicto de intereses. Este conflicto no está resuelto en las SA salvo en las cotizadas en bolsa y después del 2003 por la que en estos casos el socio se abstendrá. En las SL en el Art. 52 LSL se dice que el socio no podrá, en ciertos casos, ejercer el derecho de voto, estos casos están tasados por ley y no parece que se pueda añadir en los estatutos más de los que la ley determina.

Organización y administración.-

En lo referente a la organización y administración Art. 57 a 70 LSL. Vemos que en la SA en los estatutos habría que elegir uno de los cuatro modelos: Unico, Mancomunado, Solidario o Consejo de administración. En la SL el Art. 57.2 dice que los estatutos pueden establecer distintos modos pudiendo optar por cualquiera de ellos sin necesidad de modificar los estatutos.

Duración del cargo.-

Por lo tocante a la duración del cargo En el Art. 126 LSA la duración se establece por un máximo de 5 años o la que dijeran los estatutos con ese máximo. El Art. 60 LSL nos refiere que de no decir nada en los estatutos la duración del cargo es indefinida.

Retribución de los administradores.-

La retribución de los administradores a la que se refiere el Art. 66 LSL diciendo que el cargo es gratuito a menos de que los estatutos establezcan una retribución. En la SA los estatutos han de decir el modelo de retribución.

Miembros del consejo de administración.-

En la SA el número máximo de miembros del consejo de administración no se fija pueden ser un mínimo de 3 y un máximo de X. En la SL el mínimo es de 3 igualmente pero el máximo se fija en 12.

Prestación de servicios.-

Para la prestación de servicio se requerirá acuerdo de la junta general. Esta circunstancia no se contempla en

la SA.

Vacantes en el consejo de admón..-

En la SA las vacantes del consejo de administración podían ser nombradas por cooptación aunque después fueran ratificados en la junta. En la SL sólo puede decidir, en este asunto, la junta.

Modificación de estatutos.-

Para la modificación de estatutos no se requiere el informe del consejo de administración que es preceptivo en la SA.

Cambio de domicilio.-

No es necesaria la publicación del cambio de domicilio. En la SA se requiere Art. 150 LSA la publicación y la inscripción en el RM

Aumento de capital.-

El aumento de capital se decide en la junta general. En la SA cabe la posibilidad de delegación en los administradores o capital autorizado.

Reducción de capital.-

En la reducción de capital si significa devolver capital a los socios, en la SA pueden oponerse los acreedores. En la SL Arts. 80 y 81 no existe derecho de oposición de los acreedores pero existe una responsabilidad solidaria de los socios durante 5 años por el importe devuelto. El Art. 81 establece la posibilidad de garantizar la deuda al acreedor. Lo dicho anteriormente no es válido cuando hablamos de la distribución de reservas libres.

Fusiones.-

Para la fusión en la SA siempre es necesario el informe de experto independiente sobre las valoraciones patrimoniales. En el caso de fusión de SL y SL no nos hará falta ese informe. La fusión entre SA y SL se registrá por la LSA.

Derecho de separación de socios.-

El derecho de separación de socios regulado en los Arts. 95 al 97 LSL. En la SA sólo hay tres casos en los que se concede este derecho a los accionistas que no hubieran votado a favor y son:

- ◆ Sustitución total del objeto social.
- ◆ Traslado del domicilio al extranjero.
- ◆ Transformación de una SA a una sociedad personalista ya que cambia la responsabilidad.

Hay además otros casos en los que en las SL los socios pueden separarse pero estos son los mismos que en la SA tales como:

- ◆ La sustitución del objeto social.
- ◆ Traslado de domicilio al extranjero.
- ◆ La transformación en sociedad cooperativa o cualquier otro modelo pero no de SA a SL.
- ◆ Modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales.

- ◆ Por prórroga de la sociedad caso de que esté constituida a plazo en la anónima no hay derecho de separación y en la SL si.
- ◆ Si se cambia el régimen de obligación de prestaciones accesorias en la SA esto no da derecho de separación.
- ◆ Los estatutos pueden añadir otras causas no así en las SA.

Exclusión o expulsión de socios.-

Regulado en los Arts. 98 y ss . en la sociedades de personas los socios colectivos podían ser expulsados de la sociedad según el Art. 218 del CCO, siempre con causa legal establecida. En la SA no hay derecho de expulsión en la SL aparece esta posibilidad de exclusión. La conducta de un socio puede determinar su expulsión con el pago de sus participaciones. El Art. 98 menciona tres:

- Incumplir las prestaciones accesorias.
- Caso de socio administrador que compita con la sociedad.
- El administrador socio que haya sido condenado mediante sentencia firme por responsabilidad.

LA SOCIEDAD UNIPERSONAL.-

La ley de SL a partir del Art. 125 regula la llamada sociedad unipersonal que tiene efecto para todas las sociedades.

La sociedad es un contrato plurilateral en el que hay socios por lo que podría pensarse que se requieren dos voluntades. Puede parecer que al hablar de sociedad unipersonal estemos hablando de algo raro pero dado que una persona puede poner en una sociedad todo el capital o puede adquirir, después todas las acciones sería perfectamente posible.

Si el capital lo pone una sola persona estaríamos ante la sociedad unipersonal originaria. Si un individuo adquiere las acciones o las participaciones con posterioridad a la creación de la sociedad estaríamos ante la sociedad unipersonal sobrevenida.

Requisitos.-

- Información al público de que se trata de una sociedad unipersonal y esto se hace a través del RM o sea con publicidad. Si la adquisición ha sido sobrevenida habrá que inscribir en el RM.
- En toda la documentación contable habrá que añadir la palabra sociedad unipersonal.
- En l caso de una sociedad unipersonal la tentación de confusión del patrimonio empresarial con el personal es grande. La Ley exige que si el socio contrata con la sociedad esa contratación sea transparente. Se ha de llevar un libro de contratos donde se registre todo y a disposición de todos. Así se sabrán los negocios que un socio unipersonal hace con la propia sociedad. Si esto no se cumple el socio unipersonal pasará a responder de las deudas con su patrimonio particular.

Sociedad limitada nueva empresa.-

El Art. 130 LSL la contempla. Tiene efectos desde el 1/4/2003. No pueden ser ni SA ni ninguna otra. Está pensada para negocios pequeños impone capital máximo y pocos socios. El capital es de máximo 120.200 €.

Las empresas pequeñas que quieran acogerse a esta modalidad verán reducidos los trámites ya que prácticamente no hay papeles. Hay un modelo de escritura y de estatutos que si se sujetan a él se pueden inscribir en 24 horas. Se trata de crear una sociedad limitada pequeña. No pueden aumentar el capital social ni cambiar su denominación

MERCANTIL I.- TEMAS XXIII Y XXIV.-

DERECHO CONCURSAL.-

1.- Introducción . Antecedentes históricos. La reforma del derecho concursal. Principios y características generales.-

La ley 22/2003 del 9/7 que entrará en vigor el 1/9 regula el concurso de acreedores. Hasta este momento teníamos un sistema concursal con tres características:

Distinción entre empresarios y no empresarios.-

Si se era un profesional y se era insolvente se iba al concurso de acreedores del CC. Los empresarios mercantiles iban al derecho concursal mercantil.

División del derecho concursal antiguo.-

Se dividía en dos instituciones: Quiebra y suspensión de pagos. Ambas se aplicaban al mismo sujeto. La diferencia es que la quiebra está en el CCO y se remonta a la EM. La suspensión de pagos se aplica a los comerciantes y se regula en la ley especial de 1922 que ha regido hasta el 2003. Era difícil distinguir entre quiebra y suspensión de pagos.

Cuando hababan de suspensión de pagos se decía que se trataba de una falta de liquidez y si se entraba en insolvencia como imposibilidad de pagar con un pasivo superior al activo se hablaba de quiebra.

La iliquidez suponía dificultades coyunturales en las que el activo es superior al pasivo.

La suspensión de pagos empieza con la solicitud del comerciante deudor. El juez nombra interventores y estos interventores hacen un informe que habrá de concluir en que el activo sea mayor que el pasivo ya que si es al revés estaremos ante una insolvencia definitiva que sigue propiciando el acuerdo con los acreedores. Si el activo era superior al pasivo insolvencia provisional.

La suspensión de pagos fue muy útil para refinanciar empresas en crisis si era posible el acuerdo. Si el acuerdo no era posible se abría la quiebra para liquidar.

Características de la nueva ley concursal.-

Unidad legal. En un solo texto está toda la parte material y la parte procesal.

2.- Los Juzgados de lo Mercantil. Competencia y régimen transitorio.-

La LO de reforma concursal 8/2003 del 9/7 regula la competencia judicial. Se crean los Juzgados de lo Mercantil uno por provincia.

Los concursos se asignan al juzgado donde el deudor tienen el principal centro de operaciones o donde radica su administración o si es persona física el del DNI.

El Juez de los Mercantil conocerá también de la competencia desleal, propiedad industrial, impugnaciones de acuerdos de las sociedades mercantiles, transportes, derecho marítimo, publicidad, responsabilidad de administradores de sociedades y seguros.

3.- Los presupuestos subjetivo y objetivo del concurso.-

Unidad subjetiva de disciplina concursal.-

Todos, sean empresarios o no, se someten. En los supuestos de insolvencia en caso de profesionales o mercantiles se someten al mismo procedimiento al concurso como único procedimiento aplicable a todos los sujetos

Unidad de procedimiento y unidad de presupuesto objetivo.-

La ley pretende crear un único presupuesto objetivo no habrá suspensión o quiebra. Sólo se hablará de cuando una persona física o jurídica puede ser declarada en concurso. La ley determina cuando se presume la insolvencia y dice que el **presupuesto objetivo es la insolvencia del estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles** Art. 2 LC.

4.- La solicitud del concurso. Concurso voluntario y necesario. La declaración del concurso.-

Si la solicitud la presenta el propio deudor deberá justificar su endeudamiento o estado de insolvencia que podrá ser actual o inminente que responde al estado en el que se encuentra el deudor que prevea que no podrá cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

Si la solicitud la presenta un acreedor tendrá que demostrar que se ha dirigido contra los bienes del deudor y tendrá que demostrar que el deudor:

- El sobreseimiento general en el pago general por parte del deudor, es decir, que el deudor ha dejado de pagar a sus acreedores.
- La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de forma general al patrimonio del deudor.
- Alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de los bienes del deudor.
- Incumplimiento generalizado de algunos de estas obligaciones:
 - ◆ Obligaciones tributarias.
 - ◆ Falta de pagos de la SS.
 - ◆ Impago de salarios o indemnizaciones de los tres últimos meses a los trabajadores.

La ley presume estos hechos como insolvencia.

6.- Efectos de la declaración del concurso.-

La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor sea persona natural o jurídica. Art. 1 LC. Este sería el presupuesto subjetivo, el presupuesto objetivo se encuentra en el Art. 2 de la LC y dice cuando procede el estado de insolvencia y lo define.

Quién lo puede hacer.-

El deudor cuando se encuentre en insolvencia actual o en insolvencia inminente. Esto es voluntario y hay un deber de presentarse en concurso si el deudor es persona física mediante abogado y procurador. Se justificará la insolvencia con la expresión de si es actual o inminente. Se presentará con un plazo de dos meses desde que el deudor conoció o debió conocer su insolvencia. Si no cumple estas condiciones se le prohíbe proponer un convenio ya que se presume dolo o culpa grave con consecuencia en la calificación del concurso.

En el caso de personas jurídicas sus representantes legales. La documentación a presentar se regula en el Art. 6 de LC.

Examen de la solicitud.-

El juez la examina y puede ser que dicte:

- Auto desestimando la solicitud contra el que cabe recurso de reposición solamente. Esta ley tiene rapidez, claridad, plazos improrrogables y pocos recursos para no dilatar los procedimientos.
- Auto de inadmisión hasta la subsanación de defectos. El juez da un plazo breve y cabe recurso de reposición o corregir.
- Auto de declaración de concurso en el que se producen todos los efectos del concurso. Se pueden discutir las competencias.

Concurso necesario.- Caso de solicitud presentada por acreedores.-

Los acreedores demostrarán que son acreedores y que hay insolvencia para lo que presentan documentación y proponen medios de prueba. El juez la examina en 24 horas. Si hay defectos da cinco días para subsanar. Si no se subsana se produce un auto de inadmisión sobre el que cabe recurso de reposición Art. 7 LC.

Se puede producir un auto de admisión a trámite, se emplaza al deudor Art. 13 y ss. y se toman las medidas cautelares que el juez estime a petición del acreedor.

Si hay otras solicitudes se acumularan y se emplaza al deudor que puede hacer lo siguiente:

- El deudor puede plantear declinatoria por competencia. En cinco días ha de comparecer y ha de contestar.
- Puede allanarse o no formular oposición callándose. En estos dos casos se produce el auto de declaración.
- Puede oponerse. Se celebra una vista dentro de los 10 días siguientes en el que comparecen el deudor y el acreedor. Si el deudor no comparece en la vista se produce el auto de declaración de concurso. Si comparece y el crédito está vencido debe consignar el importe. Si lo hace no pasa nada y si no lo hace auto de declaración. Si el crédito es futuro el juez toma dos decisiones:
 - ◆ Desestimación con recurso de apelación .
 - ◆ Se puede pedir, por parte del deudor, indemnización por daños y perjuicios que se plantea delante del juez que casi seguro concederá.
 - ◆ Si el juez declara el concurso las costas son para la masa.

Petición por otros.-

Art. 3.3 y 4 LC. Los socios y los herederos del deudor fallecido están legitimados. Son supuestos raros y han de seguir el mismo trámite.

Auto de declaración.-

Art. 21 LC , después se habla del nombramiento de la administración concursal que es la **llamada sección 2ª** del concurso en los Arts. 26 y ss.

Administración concursal.-

El juez nombra a los administradores concursales. Si se trata de un concurso pequeño nombrará 1 administrador, lo normal es que nombre 3 , Arts. 26 y ss hasta el 39 en los que se regula el estatuto de los administradores. Son tres expertos independientes 2 de ellos economistas y uno abogado con cinco años de ejercicio profesional. La ley determina quien puede ser y quien no. Se les comunica el nombramiento y si no lo aceptan deben explicar el por qué.

Responsabilidad de los administradores concursales.-

Producen un informe de la administración concursal que es decisivo en las partes posteriores del concurso Art. 74 LC. En el informe se da la contabilidad y su análisis, inventario de la masa activa e inventario de la masa pasiva(listado de acreedores). El informe concluye con la situación patrimonial y la opinión sobre la insolvencia. El informe se hace público y se abre la posibilidad de impugnación por parte del deudor o de los acreedores. Si este informe no se impugna se convierte en definitivo y si se impugna se abre un incidente concursal contra la sentencia. En incidente no cabe recurso alguno.

Efectos del auto de declaración.-

Sobre el deudor y su patrimonio.-

Existe una regla general y algunas excepciones. La regla general sería dependiendo del tipo de concurso. Si se trata de un **concurso voluntario** se produce **la intervención**, el deudor conserva sus facultades de administración y gestión y se nombra los interventores que controlan los actos que el deudor efectúa, sin este control de la administración concursal los actos del intervenido serían nulos. Si estamos ante un **concurso necesario**, pedido por los acreedores, la regla general es la **suspensión y sustitución por la administración concursal** en las tareas de gestión.

A pesar de estas reglas concursales, el juez, puede cambiarlas de oficio o a instancia de los administradores. Aquí no hay inhabilitación del concursado. Los efectos patrimoniales se tratan en el Art. 40 LC .

Sobre el deudor persona jurídica.-

Deben existir administradores que se mantienen, puede haber intervención o suspensión pero no cese.

Posibilidades que tiene la administración concursal.-

- Asistencia con voz a las juntas de las sociedades.
- Pueden entablar acciones de responsabilidad contra los administradores, contra los liquidadores o incluso contra los auditores, Art. 48 LC. La administración concursal está legitimada al efecto, así mismo, los socios pueden establecer las mismas acciones.
- La administración puede embargar los bienes de los administradores y a los liquidadores siempre que se justifique el porqué. El juez puede tomar esta decisión de oficio aunque es raro. Esta acción puede efectuarse contra los que hayan sido administradores durante los dos años anteriores al concurso, administradores de hecho y de derecho. También contra los socios subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad, El Art. 48 LC está pensando, en este momento en las SC.

Pueden darse efectos personales sobre el deudor.-

Al afectar a DF, se encuentran en la LO Concursal. Pueden intervenirse previa audiencia del deudor y del M. Fiscal:

- Las comunicaciones del deudor.
- La entrada en el domicilio del deudor, de oficio o a instancia de cualquier interesado tanto en los casos de intervención como en los de suspensión.
- El deudor tiene el deber de residencia por lo que no puede ausentarse sin permiso.

En el caso de persona jurídicas estas medidas se toman sobre los administradores. Además el deudor tiene el deber de colaboración con el juzgado, entregando sus cuentas y poniendo a disposición los documentos.

Efectos del auto sobre los acreedores.-

- los acreedores han de integrarse en la masa pasiva que supone el conjunto de créditos contra el deudor, tanto vencidos como no vencidos.
- Sobre los créditos que tienen los acreedores se producen los siguientes efectos:
 - ♦ Se interrumpe su prescripción.
 - ♦ Se prohíbe la compensación, salvo el supuesto del Art. 205 LC.
 - ♦ Se suspende el devengo de intereses, Art. 59 LC.
 - ♦ Las acciones individuales o la paralización de acciones individuales es una ejecución colectiva donde todos los acreedores actúan conjuntamente contra todo el patrimonio, así en los Arts. 51 a 56 LC se preocupan de impedir ejecuciones individuales.
 - ♦ No se pueden interponer juicios ordinarios. Si alguno se había iniciado antes se continuará hasta sentencia que no se ejecutara. Interesa proceder de esta forma ya que la deuda se integrará en la masa pasiva.
 - ♦ Si se trata de juicios ejecutivos no se pueden iniciar, solamente las que se refieran a ejecuciones administrativas tales como las tributarias o de SS o de apremio y estas siempre que se haya dictado providencia de apremio.
 - ♦ Las ejecuciones civiles se suspenden y si la subasta está anunciada se suspenderá.
 - ♦ En caso de arbitraje si no se ha empezado no se podrá empezar. Si ya se había comenzado sigue hasta el laudo pero no se puede ejecutar.
 - ♦ El concursado podrá iniciar acciones contra otros, Art. 54, con la administración concursal.

Efectos sobre los contratos.-

Sobre los contratos que haya en vigor, a la LC le preocupan las obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Si una de las partes ha cumplido, y es el deudor que ha entregado la mercancía el otro habrá de entregar el precio que irá a la masa activa. Si es al revés, la deuda irá a la masa pasiva. El problema se plantea cuando ninguna de las dos partes ha cumplido, Arts. 61, 62 y 63 LC.

- ♦ El concurso no afecta a la vigencia de los contratos.
- ♦ La declaración en concurso no permite por sí sola la resolución del contrato salvo que la administración concursal desee resolver Art. 62 LC. Esta resolución se deberá sustanciar ante el juez que puede declarar el cumplimiento y la restitución de las prestaciones. Si se trata de un contrato de tracto sucesivo y no se quiere resolver se habrá de cumplir.

Contratos especiales.-

La LC regula tres tipos de contratos especiales:

Contratos de trabajo.-

Art. 64 LC. El concurso no significa el cierre pero puede ser que el concurso abra la modificación de expedientes de regulación de empleo. El competente es el Juez de lo mercantil y no el de los social. El Art. 64 marca los pasos a seguir con arreglo al ET. En el Art. 65 se dice que los contratos de trabajo pueden extinguirse para el personal de alta dirección, siendo competencia del Juez del concurso la de moderar la indemnización del alto directivo. En el Art. 66 LC se prevé lo que pasa con los convenios colectivos.

Contratos públicos.-

El Art. 67 LC nos habla de los contratos con las AP que dice la LC que se rigen por sus legislaciones de obras o servicios o concesiones, también a los contratos privados con las AP.

Contratos de rehabilitación de créditos.-

Los Art. 68 a 70 LC conceden facultades a la administración concursal para la rehabilitación de créditos. Cuando se ha dejado de pagar antes de la declaración del concurso alguna cuota, el Art. 68 de LC permite rehabilitar. No procederá la rehabilitación cuando, con anterioridad a la declaración de concurso se hubieran producido acciones de reclamación.

7.- La masa activa

Todo concurso requiere dinero que sale de la masa activa para poder seguir la actividad y cumplir los contratos o rehabilitar créditos. Puede pasar que no haya nada de dinero entonces habrá que ver el valor del activo. Si este valor no es suficiente para cubrir el pasivo se va a la liquidación.

La **masa activa** representa el conjunto de bienes y derechos del deudor que responden de la masa pasiva. Nos podemos encontrar con que la masa activa ni es todo lo que vemos activo y con que todo lo que vemos es masa activa. Hay veces que la masa activa no es propiedad del deudor, nave alquilada. No todo lo que vemos es real, pero puede haber masa activa que no vemos tal como los actos del deudor previos a la declaración perjudiciales a la masa activa, el Art. 71 habla de la reintegración a la masa activa de los actos contrarios así como de los contratos perjudiciales para la masa activa realizados en los dos años anteriores a la declaración del concurso. Habrá que hacer un inventario de la masa activa.

Se ha de probar el perjuicio para la masa activa. A veces, la Ley presume este perjuicio Art. 71.3 y por lo tanto la prueba se invierte, casos de actos dispositivos de bienes a personas allegadas, Art. 93, al concursado. Si se hizo de mala fe no se devolverá nada, si se hizo de buena fe se devolverá el precio.

Es el mismo caso que las garantías reales a favor de algunos acreedores y de otros no, aquí también se pone como tope dos años anteriores a la declaración del concurso ya que la LC prevé que las crisis no nacen de la noche a la mañana.

La protección de terceros de buena fe.-

Dependerá de la lejanía o cercanía del concurso el que se hable de buena o de mala fe del deudor. Esto es lo que el profesor dijo pero como nombró el Art. 73.2 aquí lo que se habla es del tercero registral que quedará protegido como ya sabemos por derecho registral, en el caso de que obrara de buena fe. Si no hubiera obrado de buena fe reintegrará el bien con intereses que se integrarán en la masa activa. Si se tratara de la protección del derecho registral se condenará al que hubiera intervenido, su pongo que al deudor a reintegrar el valor que el bien tuviera en el momento de la salida del patrimonio del deudor.

8.- La masa pasiva.-

Representa al conjunto de acreedores.

El auto se publica y se comunica a los acreedores que se conozcan puesto que al ocupar la contabilidad del deudor conoceremos a sus acreedores. Se hace un llamamiento para que los acreedores pongan en conocimiento de la administración concursal los créditos que tienen

respecto al deudor. Puede ocurrir que esto no esté claro y en el plazo de un mes habrán de presentarlo. Se presenta en el Juzgado. De esta manera se hace la lista de reconocimiento de los créditos y su clasificación y se confecciona la lista de los acreedores que los interventores unen a su informe para el que tienen dos meses para realizarlo prorrogable a uno más.

9.- El convenio y la liquidación.-

A todo lo que hemos visto hasta ahora la LC lo llama **FASE COMUN** que acaba con el informe que puede ser impugnado. Después hay dos modos de terminar el procedimiento concursal:

- ◆ El convenio.
- ◆ La liquidación.

La ley intentará el convenio que es un acuerdo de refinanciación de la deuda, de pago y de continuidad de la empresa con fórmulas de **quitas y esperas**, si fracasa el convenio se irá a la liquidación.

El deudor puede pedir la liquidación si reconoce que es imposible llegar a un acuerdo en cuyo caso se ahorran trámites y sólo se haría la fase de determinación de la masa activa y pasiva.

La liquidación se puede pedir en los supuestos de apertura de oficio, Arts. 142 y 142 LC, el 142 habla de la petición por parte del deudor.

Cuando no haya propuesta de convenio o se haya rechazado, anulado o incumplido habrá liquidación de oficio. Hay un supuesto en el que la administración concursal puede pedir la liquidación cuando vea que no hay activo.

En el caso de convenio tenemos dos modalidades:

Convenio anticipado.-

Art. 104 y ss LC, convenio anticipado o propuesta anticipada de convenio que presenta el propio deudor en el plazo previsto y tanto sea concurso voluntario o necesario, se presenta hasta la finalización del plazo de comunicación de los pleitos.

Se presenta una propuesta con adhesiones de acreedores que representen más del 20% y a partir de ese momento se pueden ir adhiriendo más acreedores. Si se reúne una mayoría se aprobará el convenio anticipado. Puede ocurrir que no se reúna una mayoría o que el Juez rehúse el convenio por defectos. A pesar de ello el Juez preguntará si se mantiene el convenio, si no se mantiene se pedirá la liquidación y aquí se acaba la cuestión, pero puede ocurrir que el deudor calle y no diga nada en cuyo caso vendrá la propuesta de los acreedores. Si se mantiene la propuesta se sigue discutiendo y se va a la fase ordinaria.

Contenido de un convenio.-

Arts. 99 a 102 LC.

Cuando se habla de quita se quiere significar que estamos ante un convenio revisorio en el que se paga menos de lo pactado con condono del resto.

Cuando hablamos de convenio de espera pagamos todo pero con aplazamiento.

Se puede mezclar quita más espera.

La Ley pone a estas modalidades unos topes y así en el Art. 100 LC se dice que las quitas no superarán el 50% de cada uno de los créditos y las esperas no superarán los 5 años y esto salvo en dos casos:

- ◆ Cuando se trate de una empresa cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía siempre que se acompañe de un plan de viabilidad y se acompañe informe de la autoridad económica competente. Con ese informe el juez puede determinar que se salten esos topes.
- ◆ Cuando se presente un convenio de continuación de la empresa con sus propios medios.

El convenio puede contemplar la transformación del pasivo en capital.

Puede haber propuestas alternativas que los acreedores elijan.

También puede contener fórmulas de control de gestión.

Convenio ordinario.-

Se recoge en el Art. 111 LC. Puede haber un convenio anticipado y puede ocurrir que el deudor no haga nada y se abre esta fase en la que pueden presentar propuesta el deudor y los acreedores que representen más del 20% del pasivo.

El Juez ve si se cumplen los requisitos y admite o no la propuesta. Si no la admite se va a la liquidación. Las propuestas admitidas ni se pueden retirar ni modificar.

Si terminados los plazos no hay propuestas se hace un informe por la administración concursal con las adhesiones de los acreedores. En todo caso hay junta de acreedores no como en el convenio anticipado que se iban adhiriendo. El convenio ordinario se puede presentar hasta 40 días antes de la celebración de la junta de acreedores.

La junta de acreedores.-

La junta se convoca y acuden los acreedores de la lista definitiva que han elaborado los administradores concursales. Se hace la lista de asistentes y se discuten las propuestas cuando se aprueba una propuesta determinada ya no se discute el resto. Si alguien no está de acuerdo puede impugnar el convenio en el plazo de 10 días siguientes a la junta. El Art. 128 LC nos habla de que las causas de oposición son muy estrictas.

La junta aprueba por mayoría de cuantías de crédito, Arts. 124 y 125 y se pueden impugnar, como se ha dicho según el Art. 128. la mayoría de aprobación en un convenio se refiere siempre a las mayorías de créditos ordinarios. Si no se aprueba el convenio se produce la liquidación que consiste en vender todo el activo y pagar lo que se pueda por el orden de privilegiados, ordinarios y privilegiados.

La suma de los adheridos se entiende como voto a favor si no acuden a la junta. Si acuden vale lo que voten allí.

Pasivo ordinario.-

Los administradores han hecho una clasificación de los créditos. La LC distingue 3 clases de

créditos:

- ◆ Créditos Privilegiados. Arts. 90 y 91. También los de hacienda Pública hasta el 50%, el resto ordinario.
- ◆ Créditos ordinarios.
- ◆ Créditos subordinados.

Créditos privilegiados. –

Tienen tres ventajas:

- ◆ Si no vota a favor del posible convenio, este no le obliga. Cuando todo acabe podrá ejecutar.
- ◆ Si se va a una liquidación el crédito privilegiado cobra antes.
- ◆ El convenio no puede quitar el privilegio.

Créditos ordinarios. –

Son el resto y la ley no los define. Los que no son subordinados son ordinarios que suponen el pasivo ordinario. Todos los adheridos se suman a los ordinarios.

Créditos subordinados. –

Este tipo de crédito ha sido comunicado tardíamente y han sido incluidos en la lista de acreedores por la administración concursal o por el Juez. Es el último a cobrar y lo hará bien por convenio o por liquidación después que hayan cobrado todos los privilegiados y todos los ordinarios.