

DERECHO MERCANTIL I.

- LIBRO: Instituciones de Derecho Mercantil (Actualizado).
- CLASES: Examina de lo que dice en clase.
- FICHAS: En octubre, especificar si se sigue la materia por libro o clases.
- CODIGO DE COMERCIO: Actualizado (reforma 16 julio).

viernes, 15 de octubre de 1999

TEMA 1: CONCEPTO Y SISTEMA DEL DERECHO MERCANTIL.

• Derecho Mercantil hasta la codificación.

El Derecho Mercantil surge en la Edad Media de la mano del desarrollo del comercio local internacional. Surge como un derecho especial del comercio y de los comerciantes. Hay sectores doctrinales que dicen que el derecho mercantil no surgió en el derecho romano, porque entonces el derecho civil era suficientemente amplio para cubrir las necesidades del momento.

- **Presupuestos socioeconómicos:** la caída del imperio romano trae muchas consecuencias destacando la destrucción del sistema comercial y económico romano. Ello provoca que Europa quede dispersa en economías pequeñas cerradas y esparcidas de ámbito rural y autosuficientes. Aquí, el tráfico comercial es casi nulo, aunque existen unos pocos centros comerciales. Hasta el siglo XI no surge un comercio capaz de acabar con éste comercio económico cerrado. Se dan unas circunstancias para ello, entre la que destaca el resurgimiento de las ciudades (a partir del s. XII) generando nuevas necesidades de abastecimiento y por tanto intensificándose las transacciones comerciales.

Se van a distinguir dos periodos bien diferenciados:

• Periodo del siglo XI – XV:

Se van a dar muchos elementos transformadores de todo tipo como descubrimiento de la brújula, la pólvora, surgen ciudades estado, se intenta acabar con sistema de gremios etc. Esto provoca un cambio, que si fue importante en el campo, también lo será en las ciudades y en las actividades de los artesanos, porque se diversifican los oficios, intensificando la actividad de éstos, viéndose el embrión de la futura actividad industrial.

Aquí empieza el comercio internacional e interlocal, interrumpido por la caída del Imperio Romano, trayendo las siguientes consecuencias:

- Resurgen las monedas locales.
- Intensificación de las relaciones ciudades – ciudades y éstas con el campo.
- Se abren nuevas rutas comerciales.
- Se celebran ferias internacionales.

La EM es un momento en el cual los sistemas jurídicos viejos demuestran su incapacidad ante la nueva economía generada. El ritmo e importancia del intercambio económico se aumenta espectacularmente al igual que la actividad mercantil se profesionaliza, convirtiéndose en fuente de ingresos de parte sectorial de la sociedad.

El desarrollo de ésta actividad comercial genera necesidades que el derecho común no puede satisfacer, por

ser lento, formalista, incapaz de dar soluciones rápidas a la actividad comercial.

Todas estas circunstancias hicieron que el derecho mercantil naciera como un derecho de los comerciantes, diferente al derecho común e incluso enfrentado a él.

- **Fuentes privadas de derecho mercantil (S. XI–XV)**

- **Derecho estatutario o reglamentario de las corporaciones de mercaderes:**

Los mercaderes constituyen un grupo social singularizado por la profesión que realizan. Estos se agrupan en gremios para defender sus intereses, dándose sus propias normas, que en principio eran consuetudinarias pero que luego fueron recogidas en los estatutos de los comerciantes. Aquí surge el derecho mercantil, de forma especial, consuetudinario, extra estatal.

Este derecho se configura como un derecho personal, ya que es un derecho por razón de su oficio, es decir, el mercader quedaba sujeto a él por razón de la actividad que realizan, el comercio. Características del **ius mercatorum**:

- Es un derecho **autónomo**:
- Desde el punto de vista de las fuentes: porque es de producción propia, expresión del poder normativo de los comerciantes como clase social. Tiene su origen en los usos mercantiles y los estatutos de las corporaciones mercantiles.
- Desde el punto de vista de la jurisdicción: van a estar sujetos en todo lo que se refiere al ejercicio de su profesión a la competencia de sus Tribunales, Tribunales que aparecen adscritos a cada una de las corporaciones.
- Es un derecho **uniforme**: por exigencias de la internacionalización del comercio medieval. El derecho mercantil es un derecho práctico que trata de dar soluciones a problemas comunes que surgen en el tráfico en diferentes lugares. Además el derecho estatutario va pasando casi sin alteraciones de unas corporaciones a otras.

- **Colecciones de ST de Tribunales mercantiles:**

Cada gremio contaba en su seno con un Tribunal de comercio, con un Consulado. Estos resolvían, de acuerdo con los usos mercantiles y la equidad, todas las causas entre los comerciantes del gremio. Así se trata de una jurisdicción especial que tiene su razón de ser en el desconocimiento que los Tribunales ordinarios tenían del derecho mercantil que estaba surgiendo. Desde el s. XI los poderes públicos locales iban a reconocer la competencia de los consulados de las corporaciones de mercaderes.

En cuanto al ámbito de la jurisdicción consular, para que éstos conociesen de una causa, era necesario que se dieran dos requisitos:

- El sujeto en cuestión debía ser comerciante (carácter subjetivo):

Los comerciantes se debían inscribir en el Registro de su corporación, en el Libro de Matrícula de la corporación. Posteriormente la jurisdicción consular se extiende en un doble sentido; van a quedar sujetos también aquellas personas que sin ser comerciantes, entran en contacto con un comerciante, y por otro lado, obviamente los que se declaren comerciantes. Por tanto quedarán sometidos a jurisdicción consular todas aquellas personas que ejerzan el comercio, al margen de que estén o no inscritos en el Libro de Matrícula o no.

- El ámbito de conocimiento de los consulados se limitaba a aquellas causas relacionadas con el dinero,

mercancías u operaciones conexas, ya que del resto de las operaciones se ocupaba la jurisdicción ordinaria

Estas resoluciones de los consulados son importantes porque:

- Ayudan a la conservación de los usos comerciales.
- Contribuyen a la creación de nuevos usos.
- Implican el perfeccionamiento de las instituciones mercantiles.

Los consulados colaboran en la fijación de ese derecho mercantil, de origen consuetudinario, es más, aquellas recopilaciones más perfectas, se van a difundir incluso fuera de los lugares de origen. Es el caso del Libro del Consulado del Mar, elaborado por los magistrados del consulado de Barcelona, que recoge usos del tráfico en el Mediterráneo.

- **El derecho organizativo de los gremios o corporaciones:**

Es decir, normas que los comerciantes se dan para estructurar su organización, tribunales y demás instituciones o figuras que lo rigen.

- **Fuentes de derecho público:**

- **Ordenanzas o estatutos de las ciudades o municipios:**

Constituían cuerpos de carácter general y en ellos se recogen disposiciones de todo tipo, normas sobre abastecimiento, precio, moneda, ferias etc. Se trata de figuras que casi siempre afectan a intereses públicos. Aquí está el antecedente lejano del derecho de la intervención pública en la economía.

El derecho estatutario de las ciudades italianas, Florencia, 1301, Pisa 1305 fue importante, al igual que el de otras ciudades francesas, alemanas, belgas etc.

En España la situación es diferente porque el desarrollo comercial es menor que en Europa, porque estábamos en lucha contra los árabes. Hay que destacar el tráfico comercial del Cantábrico y del Mediterráneo, así, por ejemplo, Barcelona y Valencia contaban con sus propias cofradías y consulados.

- **Contenido del derecho mercantil (S. XI)**

Gira en torno a la compra – venta y el cambio trayecticio. En ésta época podemos encontrar orígenes remotos de instituciones mercantiles como el Registro, sociedad colectiva, la quiebra, la letra de cambio etc.

Así también nos encontramos los antecedentes de instituciones de derecho marítimo tan importantes como el seguro, el préstamo a la gruesa o la avería común.

- **Periodo del siglo XV – XVIII:**

En este período hay que destacar movimientos culturales como el Renacimiento, la Reforma, o el Racionalismo. Si hay que destacar algo aquí es que se forman en éste periodo los estados modernos. Este estado va a tratar de acabar con los derechos consuetudinarios de las diferentes clases sociales, a través de la imposición de la ley, sometiendo a esa ley a todos los grupos sociales que hasta entonces habían permanecido autónomos.

En el terreno económico, a partir del siglo XV surge el estado mercantilista vinculado con las monarquías absolutas de la época. Podemos reconocer el primer intento de regular la economía desde el poder político. La política mercantilista se caracteriza por el intervencionismo y proteccionismo del interés nacional.

A finales de este periodo, el sistema de corporaciones de comerciantes de la EM, que tenían carácter profesional, lo irán perdiendo, convirtiéndose en un instrumento de la burguesía comercial para defender sus intereses. Empezará a producirse acumulaciones de capital importantes, apareciendo así la burguesía mercantil.

• Fuentes del derecho mercantil (S. XV–XVIII)

El derecho mercantil del base profesional sobrevive, pero pierde parte de su autonomía e uniformidad por la intervención de los diferentes estados. El derecho mercantil deja de ser de producción autónoma, la ley del poder normativo del estado va a figurar como una fuente más del derecho mercantil. Posteriormente, se impondrá como fuente sobre los usos y costumbres, e incluso, las normas reguladoras de las corporaciones y consulados, serán válidas en función de la aprobación real.

El estado va a promover recopilaciones de disposiciones mercantiles. En éste sentido destacan las ordenanzas francesas de Luis XIV **Ordenanzas de Colbert** y **Las ordenanzas de la Marina** 1781. Estamos ante la primera gran recopilación de derecho mercantil, tanto el comercio terrestre como marítimo, es decir, la 1ª codificación de derecho mercantil.

A este periodo pertenecen las **Ordenanzas de Bilbao** de 1737. Van a estar vigentes hasta la promulgación del Código de 1829. Éstas estaban influidas por las Ordenanzas de Colbert, e incluso las supera en ciertos aspectos, ya que se recogen en un sólo cuerpo derecho mercantil terrestre y marítimo.

En cuanto a la jurisdicción consular va a perder progresivamente su autonomía. Los consulados se mantienen e incluso tienden a ampliar sus competencias, lo que sucede es que en vez de estar suscritos a la corporación, están suscritos a la corona, impartiendo justicia en nombre de la corona.

• Contenido del derecho mercantil (S. XV–XVIII)

Respecto al periodo anterior, hay que añadir otras instituciones vinculadas al sector financiero. El motivo más importante del desarrollo del sector lo encontramos en la expansión del comercio (expansión colonial), empezando la bolsa y la banca.

Destacar la aparición de un nuevo tipo societario, las **Compañías Coloniales**, en sus orígenes de carácter público, son el antecedente de las actuales Sociedades Anónimas.

• Sistema subjetivo de delimitación de la mercantilidad.

En el periodo previo a la codificación se sigue un criterio subjetivo de delimitación de la mercantilidad: el derecho mercantil es el derecho de los comerciantes en su tráfico. En ésta época, la sociedad está dividida en estamentos y el derecho mercantil es un derecho estamental, pero solo lo es en sentido formal, no en el fondo, ya que, aunque fue creado por los comerciantes y aplicado por los Tribunales de comerciantes, no podemos olvidar que el derecho mercantil es así por razón del oficio del comerciante y no trata de otorgar privilegios al comerciante.

Las instituciones mercantiles tienen su razón en las especiales exigencias del tráfico mercantil, a veces puede que haya instituciones paralelas en el derecho civil, y a veces no.

Las normas mercantiles son, en general, más rigurosas que las de derecho común. Las especialidades de las instituciones mercantiles encuentran su fundamento en las necesidades también especiales que se derivan del tráfico mercantil.

Nunca el derecho mercantil constituye un derecho privilegiado de la clase preponderante de la época

(burguesía comercial) para imponerse sobre las demás. Así pues el sistema de delimitación de la mercantilidad subjetivo entiende que el derecho mercantil es el derecho del comerciante. Según esto, para saber si una institución es mercantil o no, hay que observar la participación o no en ella de un comerciante.

- **Codificación del derecho mercantil (S. XIX)**
- **Presupuestos sociales, económicos y políticos.**

El paso del siglo XVIII al XIX produjo cambios en multitud de órdenes, sociales, filosóficos, jurídicos, económicos, políticos etc. En el terreno político – ideológico, el siglo XIX se resume en importancia con la Revolución Francesa, que se muestra partidaria de la igualdad, supresión de las clases del Antiguo Régimen y de la separación estado – sociedad civil.

En cuanto a los movimientos culturales, destacan el Iusnaturalismo y el Racionalismo. Partiendo de ellos se defiende por los revolucionarios la existencia de un orden natural y espontáneo, requiriéndose:

- Acabar con el intervencionismo del estado mercantilista.
- Acabar con la estructura estamental del Antiguo Régimen.

La separación entre estado y sociedad civil va a dar lugar a la separación entre derecho privado y público. En este contexto histórico los códigos suponen el acabar con una pluralidad de ordenamientos jurídicos que existían en el Antiguo Régimen.

En el terreno económico destaca la Revolución Industrial, es decir, el paso del comercio a la industria, la economía agraria y artesanal va a dar lugar a una economía industrial, financiera y de servicios. Se generaliza el sistema capitalista, y las formas propias del comercio (la empresa) se extienden a todos los ámbitos de la economía (sector industrial, financiero y de servicios). Se va a pasar del comerciante al industrial, que realiza una actividad de organización de los factores de producción dentro de un sistema de economía libre de mercado.

Al estado solo se le pide que quede al margen de toda actividad económica y que se limite a asegurar la igualdad formal de todos los individuos, siendo entonces lo que se denomina **estado policía**.

Todos estos cambios eran difícil que se captasen en esa época en la cual no había desarrollado ciencias auxiliares como la economía. Todo ello determina que los códigos nazcan ya desfasados respecto a su época.

Desde el punto de vista jurídico, destaca la codificación como una nueva técnica legislativa. El legislador trata de plasmar en los códigos ese orden natural y espontáneo que existía en todos los ámbitos y especialmente en el económico. Su pretensión es recoger todo el derecho mercantil. Prácticamente todos los códigos del siglo XIX van a partir de una economía agraria y artesanal, van a recoger el capitalismo comercial de finales de la EM, no captando el legislador los cambios del orden social. No es consciente que el capitalismo comercial ha sido superado por el capitalismo industrial y financiero propio de la Revolución Francesa.

Además, el movimiento codificador está vinculado con las nacionalidades, con lo que ello supone que de ese derecho mercantil primitivo autónomo e internacional, se van a producir diferencias entre cada código nacional.

El código prusiano de 1734 contiene tanto civil como mercantil, pero a partir de ese momento se van a elaborar, el Código Civil Francés de 1804, y el Código de Comercio Francés de 1807. Desde ese momento la codificación separada se extiende por toda Europa.

- **Códigos de orientación objetiva.**

En el siglo XIX el problema de concepto del derecho mercantil se centra en el paso del sistema subjetivo al objetivo de delimitación de la mercantilidad. Los códigos plantean a los juristas el problema de determinar su propio ámbito de aplicación. Este problema se trata de solucionar en el siglo XIX a través de las corrientes objetivas, que parten de la doctrina francesa del **acto de comercio**, influyendo esta en toda Europa.

- **Código Francés de 1807.**

A partir de la Rev F no se admitía la existencia de ordenamientos y jurisdicciones de clase. Por ello, cuando después de promulgar el Cco francés, la doctrina trata de delimitar su ámbito de aplicación, lo va a hacer muy presionada por la ideología revolucionaria anti – corporativista. El codificador francés quiere evitar que el DM sea considerado como un derecho de clase y por ello cuando establece el ámbito de aplicación del Cco, trata de evitar toda referencia expresa a los comerciantes. Lo que pretende con ello es garantizar el acceso de todos a éste derecho.

La doctrina francesa parte del acto de comercio y lo convierte en el centro del sistema jurídico – mercantil. Desconecta el acto de comercio de toda referencia al comerciante en su tráfico. El acto de comercio era una técnica del artículo 631 Cco francés para determinar la competencia de los tribunales mercantiles. La jurisdicción mercantil especial continúa existiendo, pero para que no se dijera que era tribuna privilegiado, su competencia se establece a partir de ciertos criterios objetivos. El artículo 632 establecía una lista de actos de comercio. El objetivo del legislador francés es hacer entender que el que un sujeto quede sometido a un fuero mercantil especial, no depende de su condición social, sino de que desarrolle determinada actividad, dada su especial naturaleza.

A pesar de los esfuerzos del legislador, el Cco francés desde su contenido sigue siendo de criterio subjetivo, sigue recogiendo el derecho de los comerciantes en su tráfico. De hecho el artículo 631 dice que los tribunales especiales de comercio conocerán de todas las controversias relativas a los acuerdos y transacciones entre negociantes, comerciantes y banqueros.

El artículo 632 considera actos de comercio todas las obligaciones entre comerciantes, negociantes y banqueros. En definitiva, a pesar de los esfuerzos interpretativos de la doctrina, la condición profesional de las personas seguían siendo suficientes para determinar la competencia de los tribunales de comercio.

El código presupone que las controversias de estos profesionales surgen como consecuencia del ejercicio profesional. Cuando el Cco dice que los tribunales de comercio conocerán entre todas las personas de las controversias relacionadas con los actos de comercio, en verdad, el legislador lo que está haciendo es tratar de adaptarse al contexto ideológico – político del momento, para evitar que la jurisdicción mercantil fuese considerada como especial, vinculando a determinada clase social, los comerciantes.

El Cco francés sigue viendo al comerciante en su tráfico y no la posibilidad de que se realicen actos de comercio entre personas que no sean comerciantes. Los actos reflejados en el artículo 632, o no se pueden dar fuera del ejercicio del comercio, o se van a considerar comercio por ser realizado por comerciantes. Además contiene normas específicas para los comerciantes. Se dice que la condición de comerciante depende de que se realicen actos de comercio. El artículo 1 Cco dice que son comerciantes aquellos que ejercen actos de comercio haciendo de ello su profesión habitual. El legislador trata de que todos los ciudadanos puedan acceder a la profesión de comerciante.

TEMA 2: CORRIENTES UNIFICADORAS DEL DERECHO MERCANTIL.

- **Introducción.**

La doctrina de esta unificación de los derechos civil y mercantil surgió a mediados del s. XVIII, con unos comentarios al código de comercio de Eudemann. Esto provoca una discusión entre Eudemann y

Goldschmidt.

La idea de Eudemann: el tráfico económico profesional tiene exigencias como rapidez, seguridad, rigurosidad, etc. Si el derecho civil es capaz de atender las necesidades de este tráfico económico profesional entonces el derecho mercantil dejará de existir. A esta idea se suman otras como que el derecho mercantil supone con respecto al derecho civil, un tratamiento distinto para situaciones iguales, por lo tanto, si somos capaces de generalizar el tratamiento que nos ofrece el derecho civil, el DM desaparecería.

Para el desarrollo histórico nos conduce hacia la generalización del derecho civil, de forma que la existencia de normas de DM distinto de la de civil, solo va a tener una justificación ocasional y temporal. La hipótesis de Endemann es admisible pero nunca llegó a probar su teoría en realidad.

La idea de Goldschmidt: puramente dice que se está produciendo una progresiva comercialización del derecho civil. Para estar entre ambos derechos se produce una relación duradera, dice que se producen dos procesos de forma paralela:

- Proceso de generalización de instituciones mercantiles: muchas normas de DM surgen en un momento histórico como instituciones de derecho especial, pero con el paso del tiempo estas normas van a ir pasando a normas de derecho civil o común, convirtiéndose en normas de carácter general.
- Proceso continuo de formación de nuevas normas e instituciones de derecho especial: paralelamente al proceso de generalización, con el paso del tiempo estas instituciones se convierten en normas o funciones de derecho civil. Así, el derecho mercantil cumple una función de del derecho civil.

Lo que pasó, es que Goldschmidt no alcanzó nunca a establecer cuales son las leyes que recogían el proceso que el describió y no consiguieron establecer un criterio capaz de deslindar en cada momento el derecho civil y el DM. Lo que siempre defendió este autor, es la separación entre el derecho civil y el derecho mercantil, dado que el tráfico mercantil es más activo que el civil y por ello, el derecho que regulaba el tráfico mercantil debía ser más rápido y ágil que el derecho regulador del tráfico civil.

Esta teoría es una versión actual de las viejas teorías de la unificación del derecho privado. La tesis de la unificación del derecho privado fue mantenida en Italia más vivamente, siendo justificada por varias razones como son:

- Porque la sociedad civil se ha mercantilizado.
- Porque se fundamente en el derecho comparado con el derecho anglosajón, derecho en el que no había separación entre derecho civil y DM.
- Porque es injusto que se aplique un derecho especial a personas profesionales que no lo son. Esto es lo que pasa en el caso de los actos mixtos: actos en los que un particular entra en relación jurídica con un comerciante.
- **Manifestaciones legislativas.**

El ejemplo prototípico es el código de las obligaciones, sucesiones de 1881. Aquí se produce una unificación de instituciones civiles y mercantiles. Pero es una unificación formal, aunque si es verdad, que hay una sola fuente o código, su contenido no está unificado, ya que encontramos instituciones civiles y las especialidades mercantiles.

En el caso del derecho inglés estamos en un caso similar, ya que la ley mercantil y el derecho civil han estado unificados normalmente o tradicionalmente en Inglaterra.

- **Derecho mercantil como derecho del capitalismo.**

El sistema económico capitalista surge en la EM vinculado al sector comercial y pasado el tiempo, el sistema

capitalista se generaliza de la mano de la Revolución Industrial a otros sectores económicos. Esta generalización del sistema capitalista provoca una homogeneización de las distintas instituciones capitalistas, lo que lleva a una unificación del derecho patrimonial y a la supresión del derecho mercantil. Si toda la materia que tenemos regulada es homogénea ya no tiene sentido un derecho especial como es el derecho mercantil.

Hay una conexión entre el sistema eco y el derecho mercantil, pero no se puede situar en el capitalismo la base del concepto del mercantil, y prueba de ello es que en los países del este no había capitalismo, pero en su ordenamiento si hay normas e instituciones especiales diseñadas para la empresa y para su actividad, que son distintas de las de derecho común.

- **Doctrina de los actos en masa.**

Todas las corrientes partidarias del derecho civil y mercantil partieron de un planteamiento metodológico equivocado, ya que decían que el DM solo tenía justificación como tratamiento distinto frente a instituciones de derecho civil.

- Concepto de la doctrina de los actos de masa.

La doctrina germánica se preguntaba porque existían normas diferentes para instituciones paralelas en el derecho civil y mercantil.

En 1902, Heck introdujo un nuevo enfoque metodológico, el motivo de especialización del DM se encuentra en el en el encadenamiento de operaciones, que es típico de la actividad empresarial. Para Heck el DM es el derecho de los actos realizados en serie y de ahí derivan las especiales normas del DM.

Wieland criticó a Heck diciendo que éste en vez de ir al fondo del asunto se había fijado sólo en los resultados. Además Wieland dice que es simplista reducir a una sólo causa el fundamento de todas las normas de DM.

- Derecho mercantil como derecho de la empresa.

Con el código de comercio francés de 1807 se inició la doctrina de los actos de comercio, doctrina que se extiende por muchos países europeos. Pero la búsqueda de un concepto objetivo de actos de comercio resulta inútil, ya que los juristas no se pusieron de acuerdo a la hora de establecer los rasgos comunes de los diferentes actos. Para Wieland el DM es un derecho especial por razón de la materia que regula, pero lo que pasa es que el DM regula todo el tráfico comercial aparecido con la forma de empresa.

Ninguna de las doctrinas se mostró capaz de establecer el ámbito de aplicación del DM, porque las doctrinas objetivas parten de un error de método, porque pretenden separar el DM de la materia que regula, es decir, del comerciante en su tráfico, está es la causa última del DM frente al derecho civil.

A mediados de siglo la doctrina vuelve a un criterio delimitador de la mercantilidad de carácter subjetivo o profesional. La doctrina de la empresa supone una importante corrección del método entre la materia socio – económica regulada y las instituciones reguladoras. Wieland dice que el DM es derecho especial por razón de la materia, pero la materia que regula el derecho mercantil es más amplia que el simple comercio, es la actividad económica, organizada bajo la fórmula de empresa.

- Presupuestos socio – económicos.

Desde un punto de vista económico se destaca el paso del comercio a la industria, del comerciante al empresario, y esto en un sistema de mercado.

A partir del s. XIX en Europa se generaliza la empresa como forma de organización de la actividad económica. Lo importante de la actividad comercial no era el intercambio de mercaderías, sino que en la actividad comercial se da inicio a lo que hoy se conoce como empresa (organización de los factores de producción cara al mercado). Este modo de organización va a pasar después del sector comercial a la industria y luego al resto de sectores económicos. Esto hizo que se pasase del tránsito del capitalismo comercial al capitalismo financiero o industrial.

Aquí es el mercado el que regula los movimientos de la producción, semiacabados, productos finales, es decir, de los factores de producción. Es una economía de empresa, por lo tanto, el modo de funcionar pasa del comercio al resto de las actividades.

- Presupuestos jurídicos.

Se destaca la descodificación que se inició a finales del s. XIX. Aquí el código es un cuerpo más del ordenamiento jurídico. En todos los países se promulgan leyes especiales y tratan de satisfacer las exigencias derivadas de las continuas transformaciones económicas. Así, por ejemplo, se elabora una amplia legislación especial para materias de sociedades capitalistas, derecho cambiario, propaganda industrial etc.

- **La doctrina de la empresa en tal teoría de Wieland.**

Wieland observa como en la codificación el DM y el civil aparecen como dos sistemas separados, pero que tienden a confluir, es el derecho patrimonial del tráfico. Ambos derechos aparecen como contrapuestos, es decir, supuestos de hecho similares quedan sometidos a diferentes ordenaciones y estas regulaciones se apoyan en distintos principios y normas jurídicas.

Pero Wieland dice del DM respecto al proceso codificador dos cosas:

- El DM ha ampliado su ámbito de aplicación, se ha extendido en nuevos sectores económicos, que no pertenecen al comercio en sentido estricto y esto ha hecho que aparentemente haya falta de cohesión interna en la materia regulada.
- El DM ha ido perdiendo normas y desdibujando sus límites. Esto hace que la materia regulada por el DM sea difícil de determinar o delimitar, lo que los códigos denominan comercio.

Wieland dice que para comprender el DM como ciencia jurídica no podemos limitarnos al estudio del derecho positivo, no podemos centrarnos en las normas que aparecen en los códigos referidos en la codificación, si hacemos esto, será imposible determinar el criterio que nos permita separar el DM del derecho civil.

Según Wieland hay que preguntarse cuál es la causa por la que existe un DM distinto del civil, preguntarse cuáles son las exigencias del tráfico que ha provocado la creación de este derecho especial, y después, observar la realidad económica actual y ver si esas exigencias siguen existiendo y en que sector económico.

En definitiva el objetivo de Wieland es tomar como punto de partida la materia regulada por el derecho mercantil y a partir de ahí buscar lo que da unidad y sentido al conjunto de normas e instituciones mercantiles. Dice que estas normas e instituciones son dispares pero que en su núcleo esencial se han mostrado siempre como permanentes. Wieland dice que la pregunta que tenemos que hacernos no es el porqué, sino el qué, qué materia regula este derecho. Para lograr estos objetivos, Wieland se apoya en dos cosas:

- En la historia y en el derecho comparado y es que quiere que su concepto de DM no resulte ahistórico.
- En la ciencia económica, porque la materia sobre la que se proyecta el DM es de naturaleza económica, por tanto, en la materia socio – económica regulada por este derecho, trata de buscar un

concepto que explique el contenido histórico y el actual del DM, y que nos permita tomarlo como ejemplo para construir en torno a él un sistema normativo de carácter orgánico.

Wieland llama la atención sobre el concepto de empresa, este hace referencia a un ámbito de la actividad económica que coincide con el ámbito de comercio que regulaban los códigos de comercio. Estos códigos respondían a una actividad pasada y más amplia que el comercio en concreto. Wieland llega a la conclusión de que lo que fundamenta al DM como derecho especial y explica su evolución histórica son las exigencias que en el pleno normativo suscita el sector de la actividad económico organizado bajo la forma de empresa.

Por lo tanto, las exigencias normativas especiales que plantean estos sectores (bajo la forma de empresa) son las que explican y dan sentido a las normas de DM.

El DM es un derecho privado especial por razón de la materia. La tesis de Wieland es la dominante en España y Europa. Esta tesis explica de forma coherente la evolución histórica del DM, demuestra que la evolución del DM ha seguido una continuidad histórica. Explica también la conexión del DM con el comercio. Esto se explica porque es en el sector económico de comercio donde surge la *empresa* que no es sino una forma de organizar la actividad económica en función del mercado.

Esta doctrina de la empresa va a explicar también la progresiva ampliación del ámbito material de aplicación del DM, cuyos primeros signos están en el código del s. XIX. Wieland afirma que se ha superado la distinción entre industria y comercio:

- **Industria:** surge a partir de la actividad artesanal y promovida por los comerciantes (estos se convierten en industriales). Esto hace que tengan en común la forma de organización típica capitalista, la empresa.

Al margen de cual sea el objeto al que se dedique la empresa, todas ellas tiene en común la existencia de una cierta organización de los factores de producción bajo la racionalidad impuesta por el mercado. Esta organización que es una creación del empresario va a tener un reflejo directo en la contabilidad del empresario.

Esto explica que sin solución de continuidad el DM pasa a ser el derecho de comercio, al derecho de empresa. Así, Wieland construye el concepto de DM no como apriorismo, sino en conexión con la evolución histórica de los hechos económicos.

- Conclusión.

La teoría de Wieland supone una actualización del antiguo criterio subjetivo, y es que del comerciante en su tráfico pasamos al empresario en su tráfico. La doctrina de Wieland nos ayuda a comprender el verdadero sentido de la pretendida objetivación del DM que aparece en los Cco del s. XIX. Dice Wieland que debemos partir del hecho de que el codificador del siglo pasado en ningún momento ha querido cambiar el DM original. Este se encontraba muy presionado por la teoría liberal anticorporativista. Se preocupaba por:

- Permitir que todos los ciudadanos pudiesen acceder a la profesión de comerciante. Esta preocupación la intenta resolver atribuyendo la profesión de comerciante a todas las personas que ejercen profesionalmente el comercio.
- Para evitar que la jurisdicción mercantil fuera considerada como jurisdicción de clase, esto le obligó a fundamentar la competencia de estos tribunales en criterios objetivos.

Posteriormente, el resto de los codificadores muy influenciados por los comentaristas del Cco francés, van a intentar materializar el cambio del DM (su sistema).

Las tesis de Wieland permite también apreciar el alcance que tiene la generación de normas e instituciones de DM y nos va a ayudar a ver el verdadero significado de la unificación del derecho privado en aquellos ordenamientos en los que no existe un Cco y un código civil separados.

Wieland resalta desde su doctrina de la empresa la importancia histórica del código alemán de 1807 por:

- Porque recuperó el sentido profesional del DM y volvió a una concepción subjetiva de este derecho, volvió a ser el derecho de los comerciantes en su tráfico.
- Por la importancia que se da a la organización de la actividad económica a los efectos de atribuirle carácter mercantil.

Así, como conclusión, la causa y explicación última de las normas e instituciones mercantiles está en las empresas y no en el comerciante. El concepto de DM se apoya en las empresas, porque las empresas necesitan especiales formas jurídicas para su organización y desarrollo de sus actividades y también necesitan una normativa que resuelva la problemática que genera la estructura empresarial y su actividad en el tráfico.

Fin tema 2.

TEMA 4: TENDENCIAS DEL DERECHO MERCANTIL.

• Cambio de los presupuestos socio – económicos.

El sistema de economía de mercado al que corresponde el derecho de los códigos, parte de un presupuesto básico, y es que si termina toda intervención estatal y se consagra las libertades económicas individuales, iba a aparecer de forma espontánea y natural un sistema ordenado de toda actividad económica (escuela clásica inglesa de Adam Smith).

Se da por hecho que el ejercicio de la libertad económica individual se va a traducir siempre en una situación de competencia perfecta en el mercado. Dicen que en un mercado libre, los competidores van a rivalizar entre sí, y esto asegurará la formación objetiva de los precios y en definitiva el buen funcionamiento del mercado. El estado, en este sistema, debe limitarse a garantizar las libertades individuales, absteniéndose de toda intervención en la economía (estado policía).

La evolución del sistema económico del mercado demostrará que el mercado no tiene capacidad para funcionar de forma autónoma. Demostró que si se deja a su libre desenvolvimiento no tiende siempre al equilibrio con pleno empleo de los factores productivos. En definitiva, se demostró que los presupuestos de los que parte el sistema de economía de mercado era irreales por dos razones:

- *Porque el propio funcionamiento del mercado estimulaba un proceso de concentración empresarial.* Si a la libre iniciativa económica unimos la libertad contractual, posiblemente en lugar de llegar a la competencia perfecta, lleguemos a una situación de pacto entre productores con el objeto de no hacerse la competencia, y esto provocará daños evidentes en los competidores que queden al margen de los pactos y en los consumidores.
- Porque la supuesta tendencia al equilibrio del mercado resulta falsa. Es un hecho que la economía pasa por fases cíclicas de depresión y estancamiento.

En cuanto a la comunidad política, la sociedad ha abandonado ya la persecución de los radicales valores liberales, y ahora se busca una mayor seguridad. Ya nadie piensa en abandonar libremente el sistema de mercado para que este busque el equilibrio, ahora se quiere controlar el sistema económico, con el objeto de alcanzar el bienestar social y al menos, parcialmente, la justicia distributiva (CE 78 estado social y de derecho).

La evolución del sistema económico provoca un cambio de actitud en el estado. Se pasa del estado liberal, que permanece al margen de toda actividad económica, a una actuación del estado en la ordenación de la actividad económica, siempre en aras de promover el bienestar social.

- **Proceso de la injerencia del estado en la economía.**

El estado del siglo XIX debería de ser, en teoría, neutral, desentendiéndose de la actividad económica. Sin embargo, hay que decir que el estado liberal nunca lo fue totalmente, nunca se desentendió de la economía totalmente. Es cierto que esta neutralidad del estado si va a predominar a partir de la 2ª mitad del siglo XIX y hasta principios de este siglo. Pero las crisis económicas de principio de siglo provocan que el estado abandone esa posición de teórica neutralidad.

Inicialmente el estado va a intervenir en la economía de forma aislada, ocasionalmente, de forma poco sistemática. El estado se apoya para justificar estas intervenciones en deformaciones de los tradicionales conceptos de servicio público, política de fomento etc. Políticamente va a actuar por razones de seguridad nacional o por corrección del sistema económico. En todo caso, el estado trata de legitimar su intervención acudiendo al principio de subsidiariedad, es decir, el estado interviene en aquellos sectores en los que la actividad privada no alcanza o lo hace de forma insuficiente. En la práctica, este planteamiento se desborda y el estado en algunos sectores entra en abierta concurrencia con la iniciativa privada.

De este modo se desarrollará un importante sector empresarial público en un sistema que todavía se llama de mercado. Será a partir de la I GM cuando el estado va a introducirse de forma más activa en la actividad económica. El estado va a tratar de controlar y vigilar determinados sectores especialmente importantes de cara a los intereses generales de la economía. Este intervencionismo, primero se va a justificar en las exigencias de la economía de guerra, después en la reconstrucción de la economía de aquellos países participantes en la guerra y por último en la crisis económica del 29.

Todo esto no lleva a que el estado actual asuma la dirección del proceso económico en su conjunto y en segundo lugar el estado va a asumir la responsabilidad de promover algunos objetivos políticos, económicos y sociales que tienen que carácter general, y que configuran el bienestar social.

Este proceso nos permite llegar a la conclusión de que aquellos países que están adscritos a un sistema de mercado, lo que en realidad está vigente es un sistema híbrido, en el que el mercado sigue siendo referencia fundamental para establecer la ordenación de la actividad económica, pero un sistema en el que también hay que destacar la intervención del estado moderno.

Estas nuevas funciones, que asume el estado, en algunos países ha sido acogidas expresamente en sus textos constitucionales, se trata del llamado estado social de derecho comprometido en la búsqueda del bienestar social. En este sentido, nuestra constitución contiene un marco de ordenación de la actividad económica. En ella se recogen, por un lado, los derechos económicos de los individuos, y por otro, los poderes y facultades del estado de acuerdo con el orden económico.

- **Marco constitucional y administrativo del Derecho Mercantil.**

Hoy en día, en los sistemas de economía de mercado, el estado asume la dirección de la economía. Nuestra constitución al respecto, contiene un marco de ordenación de la economía, un conjunto de normas que se refieren a la actividad económica. Además estas normas constitucionales van a ser objeto de un desarrollo legislativo. Este desarrollo legislativo de las potestades públicas económicas, constituye una rama específica del derecho administrativo, el llamado derecho administrativo económico.

Cuando hablamos de constitución económica, nos referimos a la fijación en la constitución de un régimen económico concreto. Ahora bien, el régimen económico que las constituciones modernas diseñan, es abierto,

lo que significa que dentro de él tienen cabida diferentes salidas. Solo van a quedar vetados dos sistemas o posibilidades:

- Sistema liberal en sentido del siglo XIX.
- Sistema de economía planificada, socializada.

El derecho mercantil se va a desenvolver en el marco económico que diseña la CE. Así, la CE necesariamente va a incidir en el DM.

• **Aspectos esenciales de incidencia de la constitución en el Derecho Mercantil.**

- La CE 78 reconoce en su artículo 38 la libre iniciativa económica, la libertad de empresa, en el marco de una economía de mercado. Así mismo, reconoce el derecho a la propiedad privada en su artículo 33.
- El 128.1 subordina toda la riqueza del país al interés general. La CE acoge un sistema de economía mixto, que junto a la iniciativa privada se reconoce la iniciativa pública económica.
- La iniciativa económica, pública o privada, siempre estará subordinada al interés general, ha de tenerse siempre en cuenta la función social que debe cumplir.
- Se deberá promover que el estado comparta su poder de gestión mediante fórmulas de participación de los trabajadores en la empresa. Se debe facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (149.6).
- La unidad del mercado va a exigir que las leyes mercantiles sean de carácter general, sin perjuicio de que las CCAA se puedan encargar del desarrollo y ejecución de éstas (149.6).
- La CE acoge como uno de los principios generales informadores de nuestro ordenamiento jurídico, la protección de los consumidores y usuarios.

De la lectura general de la CE se concluye en que el estado asume la dirección general de la economía y la responsabilidad de promover el progreso social y económico. En conclusión, la actividad económica empresarial ha dejado de ser giro o tráfico exclusivamente privado, para convertirse también en giro o tráfico de la administración.

Esta nueva relación entre lo público y lo privado, ha hecho que ciertos sectores del DM puedan ser también abordados por el derecho administrativo económico. Esto sucede, por ejemplo, en el sector de la competencia, en el de la contratación, en el sector del mercado de valores, en el de los consumidores etc.

• **Desprivatización del Derecho Mercantil y el Derecho de la Economía.**

Tras la I GM el estado empieza a intervenir cada vez más en la economía, y esto dio lugar a la aparición de una masa inorgánica de normas que se dictaban para regular dicha actividad. Por tanto, en una determinada zona de la actividad económico – social, donde hasta entonces sólo había regido un derecho fundamentalmente privado, el derecho mercantil, surge ahora un nuevo conjunto de normas que conocemos con el nombre de Derecho de la Economía. Este derecho aparece como una ordenación de la actividad económica desde el punto de vista de los intereses generales de la colectividad implicada en esa actividad.

La determinación de los orígenes de este derecho de la economía, constituye un tema polémico. A mediados del siglo pasado hubo una determinada etapa en la que el estado permaneció al margen, neutral, ante el sistema económico. Pero esto no significa que antes de esa fase no hubiese existido una actitud intervencionista por parte del poder público, ya que ésta actitud la hubo antes y después de esta etapa; basta recordar la política mercantilista que surge paralelamente a la formación de los estados absolutistas.

Lo que sucede es que la actitud intervencionista de los poderes públicos se ha ido adaptando, evolucionando, de acuerdo a los diferentes momentos históricos. Ahora bien, es con la I GM y con las primeras grandes crisis económicas cuando la doctrina tomó realmente conciencia de la gran masa de disposiciones intervencionistas que existían. A partir de ese momento se trata de sistematizar ese conjunto de normas y de dotarlas de sentido.

Lo nuevo de esta etapa es que la posición activa del estado en la economía, se establece de forma reflexiva y sistemática. Vamos a distinguir dos acepciones del término derecho de la economía:

- Amplia: el derecho de la economía está integrado por toda norma pública o privada relativa a la actividad económica.
- Restrictiva: está integrado sólo por la normativa relativa a la intervención pública en la economía.

• **Relaciones entre Derecho Mercantil y Derecho de la Economía.**

El DM subsiste porque el estado moderno opta por el sistema de mercado como punto de referencia para la ordenación de la economía. A la hora de estudiar esta relación, debemos partir de dos ideas:

- La actual preocupación por profundizar, conocer, la relación entre economía y derecho.
- Debemos partir de una determinada concepción de derecho de la economía : derecho de las formas de organización y de las medidas para la dirección y planificación de la actividad económica por el estado.

Relación del derecho de la economía con diferentes sectores del DM:

- Sector empresarial público:

En cuanto a este se plantea el problema de determinar si el sector empresarial público va a quedar sometido o no al DM, en cuanto derecho especial de la empresa. La empresa pública, en teoría, debería quedar sometida a las mismas normas que la empresa privada, y esto plantea un problema, porque el derecho mercantil es un derecho de la empresa, pero constituido a las exigencias del tráfico privado. En un principio hubo una cierta reticencia a admitir que el estado empresario, que por definición persigue el interés general, quedase sometido a toda la normativa dictada para el empresario profesional; y es que este empresario profesional se caracteriza por el espíritu de lucro.

Hoy en día no hay duda de que la empresa pública queda sujeta al derecho mercantil, y en particular a las normas del estatuto del empresario.

- Derecho económico administrativo de carácter intervencionista:

Hay que decir, que este derecho se va a proyectar sobre el tráfico económico de empresa, es decir, sobre el mismo campo sobre el que actúa el DM. A pesar de que estos dos derecho confluyen en el mismo ámbito económico, cada uno de ellos, va a tratar de ordenar la materia con técnicas y fines distintos.

El derecho administrativo intervencionista, va a organizar la actividad económica desde el punto de vista de los intereses generales, y lo va a hacer con técnicas jurídico – públicas, por tanto siempre desde la subordinación al poder estatal.

En cuanto al DM tradicional, va a tratar de ordenar la actividad económica desde la perspectiva de los intereses y exigencias del tráfico privado.

- Derecho de práctica restrictiva de la competencia:

Este derecho se encuentra en una zona gris, a caballo entre el derecho público y el privado, y es que este derecho regula la actividad económica con vista a lograr dos objetivos:

- Tratar de preservar el sistema de mercado como forma de organización de la actividad económica, siempre, eso sí, pensando en el interés general.
- Tratar de defender y hacer efectivas las libertades individuales.

En éste derecho se pone de manifiesto el cambio de régimen que se ha producido, se ha pasado de un régimen de absoluta libertad en el ejercicio de la actividad empresarial, a un régimen en el que la actividad económica se trata de ordenar a través de la intervención del estado. A través de este derecho de práctica restrictiva de la competencia, se trata de poner un cierto límite al ejercicio de la actividad económica, cuando esa libertad se utilice para obstaculizar la libre iniciativa económica de los demás, comprometiendo además el funcionamiento del sistema económico de mercado.

- Derecho económico constitucional:

En sentido formal, sería aquel conjunto de normas de la constitución en las que se contienen los principios fundamentales que informan la ordenación de la economía. Este derecho constituye un marco de obligada referencia para la ordenación jurídico – mercantil de la actividad empresarial. Este derecho constitucional va a desarrollar una función conformadora de todo el derecho privado. De este modo, el derecho privado tradicional de los códigos del siglo XIX de corte liberal, deberá ahora reinterpretarse a la luz de los principios del estado social que proclama la constitución.

• **Nuevas concepciones del Derecho Mercantil como Derecho de Mercado.**

Un determinado sector de la doctrina ha planteó a principios de la década de los ochenta, el cambio del criterio delimitativo de la mercantilidad. Pretendieron sustituir el criterio de la empresa por el criterio del mercado. Estos autores destacaban que en la legislación mercantil se habían introducido muchos aspectos de derecho público y decían que era así por que en el DM se podía reconocer un interés general público más intenso que en el resto del derecho privado.

Pretenden ordenar de forma sistemática toda la materia jurídico – mercantil desde el punto de vista del mercado. De este modo, se modificaría no solo el criterio delimitativo de la mercantilidad, sino también el contenido del derecho mercantil y en general su sentido. Esta doctrina dice que desde el punto de vista del DM, se ha producido una generalización de ciertas instituciones que en sus orígenes eran típicamente privadas. Instituciones típicamente mercantiles se van a generalizar en el campo de la acción administrativa. En este nuevo sistema, la empresa no va a ser más que un operador típico del mercado.

Es cierto que se ha producido un cambio en el sistema económico que asumen las constituciones europeas. Este cambio ha modificado el sentido de todo el derecho privado en general, y en particular del derecho económico. También se ha producido la denominada desprivatización del derecho económico, y esto en un doble sentido:

- Por un lado, en el derecho económico ahora se reconocen nuevos intereses de carácter público que hay que proteger, y además estas normas, en gran medida se han hecho imperativas.
- Por otro lado, el derecho privado se ha ido extendiendo más al sector público.

También es cierto que se han producido cambios en el sentido y contenido del DM, pero estos cambios no justifican que se cambie el criterio delimitativo de la mercantilidad. No está claro que debamos sustituir la empresa por el mercado como concepto aglutinador de las instituciones jurídico – mercantiles.

Para Vilan, son las empresas, su estructura, organización y dinámica en su tráfico, lo que determina la especialidad y razón de ser del DM.

En definitiva con estas tesis del DM como derecho del mercado, lo que nos preguntamos es, si los cambios que se han producido en el sistema de mercado, ha desplazado o no a la empresa como centro del sistema de DM. Hay que destacar también que no existe un concepto jurídico de empresa que se corresponda con el fenómeno económico que conocemos como empresa.

La actividad económica ya no es solo privada, el estado asume responsabilidades en cuanto al funcionamiento del sistema económico y suma responsabilidades también en cuanto a la protección de determinados intereses. Eso hace que la administración intervenga en el mercado y en determinados casos a controlar la actividad económica. Esto ha provocado que determinados sectores jurídicos, tradicionalmente estudiados por el DM, hoy sean abordados también por el derecho administrativo económico, dando lugar a materias interdisciplinarias.

Actualmente, los criterios delimitativos de las diferentes disciplinas jurídicas se mezclan. Hoy la empresa ya no solo es actividad privada que genera un derecho especial, sino que también es actividad pública y genera una normativa denominada jurídico – pública especial.

Esta es la evolución del DM, como derecho de la empresa, pero estos cambios no nos pueden llevar a la construcción del sistema del derecho mercantil entorno a la institución del mercado.

• **Descodificación del Derecho Mercantil.**

Durante el siglo XX se han elaborado numerosas leyes especiales al objeto de completar la normativa de los códigos, y ello motivado por dos razones:

- En primer lugar: porque la realidad económica y social ha ido generando nuevos hechos que el código no contemplaba.
- En segundo lugar: porque se ha producido un cambio en los presupuestos políticos, se ha pasado de un liberalismo radical a otro en el que los intereses públicos han de protegerse y no solo garantizando la libertad de empresa.

Se han elaborado muchas leyes especiales que completan a los códigos, pero que en numerosos casos no lo hacen de forma coordinada con él. Desde el punto de vista de la técnica legislativa, la codificación nos proporciona un cuerpo normativo coherente, claro y preciso. Frente a ello, hoy la realidad económica se afronta a través de leyes especiales que tratan de regularla de forma aislada e incluso en muchas ocasiones de forma contradictoria.

La codificación es una técnica legislativa que responde a unos ideales, y que pretende elaborar un cuerpo legislativo sistemático, claro y preciso que recoja ese orden natural que de modo espontáneo debía aparecer en la sociedad.

Frente a esto, la descodificación no responde a ningún ideal de política legislativa. La realidad social es cada vez mas compleja y cambiante y ello hace que legislativamente se afronte de forma aislada, ocasional.

• **Concepto, contenido y sistema del Derecho Mercantil.**

El DM español es el derecho de las formas organizativas de la empresa y de las actividades de los empresarios. El DM es el derecho del tráfico económico profesional, que hoy es el tráfico de las empresas. Esto sin perjuicio de dos cosas:

- Por un lado, es un hecho que en ciertos sectores del DM se ha producido un cambio, se ha abandonado la configuración liberal del siglo XIX y se han incorporado nuevos intereses, a costa de

reducir el ámbito de la autonomía de la voluntad.

- En segundo lugar, sin perjuicio de que aparezcan sectores normativos de carácter interdisciplinar. La aparición de estos sectores nos obliga a cambiar de planteamiento metodológico, a asumir un planteamiento distinto de la separación entre derecho público y derecho privado de la economía.

Por otro lado se confirma que determinadas instituciones que en sus orígenes eran mercantiles, se han generalizado más allá de lo que es tráfico empresarial. Esto no afecta a la esencia de las mismas que siguen conectadas al tráfico empresarial, ya que es en ese tráfico donde encuentran plena justificación (ej típico, la letra de cambio).

El DM también se ha extendido al sector público – económico, y esto ha hecho que en algunos sectores hablemos de un nuevo derecho económico común a los sujetos públicos y privados.

En cuanto al sistema de DM, hay que decir que no está conformado por un grupo de materias agrupadas anárquicamente, responde a un orden lógico, a un sistema. La búsqueda de este sistema en la materia normativa es importante porque nos ayuda a interpretar y aplicar el derecho de forma racional y segura. No podemos olvidar que las normas no existen aisladamente, sino que existen en conjuntos interrelacionados. El sistema de DM lo debemos buscar en la materia normativa, es decir, en el conjunto de normas e instituciones mercantiles.

La búsqueda de este sistema supone descubrir las verdaderas conexiones internas que relacionan unas normas con otras, y esto con el objetivo de interpretar las normas más oscuras con la ayuda de las más claras. Para determinar un sistema normativo debemos atender a los fines de las normas y esto porque la convergencia de estos fines es lo que va a dar unidad y sentido al conjunto normativo, y es lo que nos va a permitir construir el sistema de forma útil. Para delimitar el sistema de DM debemos apoyarnos en dos cosas fundamentalmente:

- Primero, en la materia regulada, es decir, en el sector económico de la actividad empresarial.
- Segundo, debemos tomar en consideración la finalidad de la organización normativa del conjunto de normas e instituciones: en este sentido, el sistema de DM se centrará alrededor de las normas que traten de satisfacer desde el punto de vista normativo las exigencias derivadas del llamado tráfico económico – empresarial.

El núcleo de este sistema sigue siendo el derecho procedente del Cco y esto tanto si ha permanecido intacto en el código o haya sido modificado, sustituido o interpretado por disposiciones especiales.

En cuanto al derecho de la economía hay que decir dos cosas:

- Todo aquello que es derecho económico de signo intervencionista está fuera del sistema de DM. Este derecho es cierto que se proyecta sobre el tráfico económico – empresarial, pero la finalidad que persigue es distinta a los fines del DM. Este derecho trata de ordenar la actividad económica desde el punto de vista de los intereses generales de la economía nacional.
- Toda aquella parte del derecho económico que hace referencia a la ordenación de la competencia de mercado, si forma parte del sistema de DM actual, y es que este derecho de la competencia trata de establecer fundamentalmente un marco jurídico – institucional al que va a quedar sometida la actividad jurídico – económico privada. De la mano del derecho de la competencia debemos incluir en el sistema de DM todas las normas relativas a la propiedad industrial, tanto las normas sobre signos distintivos, como las normas sobre creaciones industriales.

El DM no se reduce a un conjunto de especialidades normativas de carácter fragmentario con respecto a las

instituciones contenidas en el CC, y es que el DM se proyecta sobre todas las ramas del derecho. Así, en el DM encontramos:

- Primero un derecho especial de personas: por un lado, el régimen de estatus del empresario y por otro el derecho de personas jurídicas.
- Segundo un derecho de obligaciones y contratos: con figuras e instituciones propias.
- Tercero un derecho de cosas: distinguiendo todo el sector de la riqueza mobiliaria, es decir, títulos valores. También dentro de este, está el derecho de los bienes inmateriales típicos de la actividad industrial.

En definitiva, el derecho mercantil especial, frente al derecho civil común se estructura según el siguiente esquema:

- Concepto y fuentes.
- Formas organizativas de la titularidad empresarial y estatus del empresario
- Tráfico de la empresa y relaciones empresariales.
- Crisis de la empresa: quiebra y suspensión de pagos.

Fin tema 4

TEMA 5: FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL.

• Particularidades de las fuentes del Derecho Mercantil.

Cuando hablamos de fuentes hay que distinguir, a modo de recordatorio:

- Fuentes materiales: son las que tienen capacidad para crear las normas jurídicas.
- Fuentes formales: son las formas a través de las cuales se exteriorizan las leyes objetivas creadas.

Nuestro Cco concibe el DM como un sistema de derecho especial sustancialmente autónomo. Frente a la prelación general de fuentes del artículo 1 CC el ordenamiento mercantil va a establecer en el artículo 2 Cco su propio sistema de fuentes. Solo faltando normas especiales mercantiles entra en juego el derecho común.

Según el artículo 2 Cco, la materia mercantil vendría regulada en primer lugar por las normas mercantiles, en cuanto normas especiales, es decir, en primer lugar por las normas legales mercantiles y en segundo lugar por los usos de comercio, es decir, costumbre mercantil. Ahora bien, el DM no es absolutamente autónomo, sino que se concibe como un subsistema normativo que se integra en el sistema más general del derecho civil común. Este derecho, el civil común, se aplicará de forma supletoria en defecto de normas específicas mercantiles.

En definitiva, de acuerdo con el sistema de fuentes del Cco, en las relaciones mercantiles prevalece la costumbre mercantil sobre la ley común. La especialidad mercantil en el sistema de fuentes es:

- Ley mercantil.
- Costumbre mercantil.
- Derecho civil común.

La referencia que hacen los artículos 2 y 50 del Cco al derecho civil común plantea dos cuestiones:

Por un lado, si después de la promulgación del CC, esta invocación al derecho común, se refiere al derecho

común contenido en el CC o si se refiere al derecho común tanto al contenido en el CC como al contenido en los derechos forales. Actualmente, la mayoría de la doctrina piensa que esta referencia de los artículos 2 y 50 al derecho común, se refiere exclusivamente al derecho contenido en el CC y la base de esta afirmación la encontramos en el artículo 4.3 CC que recoge la supletoriedad del CC.

Por otro lado, la prelación de fuentes del artículo 2 Cco afecta según la mayoría de la doctrina a toda la materia regulada por el derecho mercantil, con una importante excepción, que se encuentra en el artículo 50 Cco. Este artículo, en materia de régimen general de obligaciones y contratos mercantiles nos remite directamente en defecto de leyes mercantiles al derecho común, omitiendo toda referencia a los usos del comercio.

En todo lo relativo a los aspectos generales del régimen de los contratos mercantiles, el Cco da preferencia a las normas civiles sobre las mercantiles.

Debe quedar claro que el derecho común no es fuente del DM. El DM es un derecho especial, y las normas civiles no constituyen una manifestación del DM. El derecho común se aplica a las operaciones mercantiles subsidiariamente. La referencia al derecho común que aparece en el sistema de prelación de fuentes del DM, solo pone de manifiesto la vinculación existente entre el derecho civil y el DM, entre derecho civil como derecho privado general y el DM como derecho privado especial de los empresarios.

El derecho civil común va a desarrollar 2 funciones en relación con el derecho mercantil:

- Una función supletoria.
- Una función integradora.

La distinción entre ambas no está prevista por el legislador, pero tiene pleno sentido. El derecho civil como derecho supletorio, va a cubrir las lagunas no previstas del DM. Cuando en el tráfico económico de empresa aparecen nuevos supuestos de hecho no contemplados por leyes mercantiles, y si tampoco existe un costumbre mercantil que regule esos supuestos, entrará en juego el derecho civil. Es decir, las normas generales reguladoras de las relaciones jurídico – privadas.

En aquellas otras zonas en las que el DM se ha concebido desde un principio, con carácter fragmentario, el derecho civil desarrolla una función integradora. En este caso, el derecho civil rige de modo directo, porque el DM, conscientemente, ha dejado hueco para él. En éste caso, es lógico que este derecho se aplique con prioridad sobre los usos mercantiles. Esto es lo que sucede en la parte de obligaciones y contratos mercantiles y de ahí la norma del artículo 50 Cco.

Desde que se promulgó el Cco se han producido numerosos cambios, y han afectado a planteamientos jurídicos e igualmente se han producido cambios desde el punto de vista de los hechos. Pero todos esos cambios van a afectar de un modo u otro al orden de prelación de las fuentes del DM.

- Cambios desde el punto de vista jurídico – positivo:

Lo que hay que plantearse es, si el sistema de fuentes mercantiles del artículo 2 Cco se ha visto afectado o no por la nueva ordenación de las fuentes del derecho en general, que se introduce con la reforma del título preliminar del CC en 1974. Nos planteamos en qué medida, después de que el artículo 1 CC afirma con contundencia la primacía de la ley sobre el resto de las fuentes del ordenamiento, cabe seguir manteniendo la aplicación preferente de los usos de comercio sobre la legislación de derecho común en el ámbito del DM.

Según un sector doctrinal, la valía del sistema de prelación de fuentes mercantiles está clara por dos razones:

- Primera: porque dentro del sistema de fuentes del DM se respeta el principio de jerarquía formal de

las fuentes.

- Segunda: es que la ordenación general de las fuentes respeta los derechos especiales y por lo tanto admite la posibilidad de que un derecho especial contenga un precepto estableciendo un sistema especial de fuentes para ese derecho. Esta argumentación se hace desde el artículo 4.3. CC

Otro sector doctrinal afirma que en la reforma del título preliminar del CC encontramos normas que deben incidir en la jerarquización de fuentes del artículo 2 Cco, y en concreto en la posición de los usos en este sistema de fuentes. En la exposición de motivos de la reforma del 74, se deja claro que el artículo 1 CC quiere jerarquizar las fuentes dando primacía absoluta a la ley. Además la jerarquización de fuentes del artículo 1 CC pretenden ordenar las fuentes del ordenamiento con carácter general, es decir, el alcance del artículo 1 no se debe limitar a la materia contenida en este código (CC).

Por otro lado el CC es posterior al Cco y ambas normas tienen el mismo rango. Siendo esto así, debería prevalecer la normativa del CC sobre lo dispuesto en el Cco sobre aquello que se contradigan. Según estos autores, el uso en materia mercantil no debe prevalecer sobre la ley, ya sea mercantil o no.

- Evolución de las fuentes desde un punto de vista fáctico:

En cuanto a las fuentes de derecho legal destacar dos cosas:

- Que nuestro ordenamiento jurídico se han incorporado numerosas normas de carácter internacional. Estas normas se integran en nuestro ordenamiento mediante la firma de convenios internacionales.
- Actualmente, a nuestro ordenamiento ha llegado numeroso derecho legislado precedente de la UE, y este derecho ha incidido en numerosas zonas del derecho mercantil. Este derecho además tiene primacía sobre el derecho estrictamente español.

En cuanto a las fuentes de producción autónoma destacar también dos cosas:

- Hay que constatar el declive que sufre el derecho consuetudinario.
- El desarrollo que adquiere una nueva fuente cuyo fundamento de vigencia es polémico, pero cuya eficacia fáctica es un hecho. Esta fuente son las condiciones generales para la contratación.

• **Legislación Mercantil.**

Dejar claro que desde el punto de vista de la fuerza normativa, los códigos no tienen mayor importancia que una ley especial cualquiera. Los códigos se diferencian de las leyes especiales porque son cuerpos orgánicos de mayor extensión, pero su fuerza vinculante es la misma que la de una ley. Por ello cuando en alusión al sistema de fuentes hablamos de ley mercantil, nos referimos tanto al Cco como al resto de las disposiciones mercantiles con rango de ley.

Las leyes mercantiles no son leyes con caracteres especiales, se diferencian del resto de leyes únicamente por el objeto de su regulación, por la materia que regulan.

• **Código de Comercio de 1885.**

Es la ley mercantil más importante. Su importancia ha ido disminuyendo a medida que se han ido promulgando diferentes leyes especiales que derogaban parte de su contenido o lo modificaban.

• **Competencia legislativa de las CCAA en materia Mercantil.**

Los artículos 149 y 150 CE establecen el sistema de competencias de las CCAA y el estado en ciertas materias. El sistema de la CE es de reparto competencial, en función de las materias reguladas.

Dentro del sistema de reparto competencial que establece la CE entre estado y CCAA, la competencia en derecho mercantil, se entiende competencia exclusiva del estado. La legislación mercantil debe ser de ámbito y carácter estatal y ello por exigencias de la unidad de mercado. Ahora bien, el artículo 149.1 en sus números 9, 20 y 21, enumera también entre las materias que son competencia exclusiva del estado la legislación sobre la propiedad industrial y el transporte. Esto no deja de ser extraño, porque estas materias en su vertiente privada se consideran mercantiles, y en consecuencia se deberían entender incluidas en la referencia general que hace el 149.1 6ª a la legislación mercantil.

Además el 149.1 en sus nº 11 y 13 dice que al estado le va a corresponder regular las bases de la ordenación del crédito, banca y seguros y también las bases y la coordinación de la planificación general de la economía.

El 148.1 nº 5 y 12, se afirma que las CCAA van a poder asumir competencias en materia de ferrocarriles, transportes terrestres internos y ferias internas.

Por último, el 149.3 dice que las materias que no estén expresamente atribuidas al estado podrán ser asumidas por las CCAA en virtud de sus respectivos estatutos. Las CCAA han aprovechado esta confusa situación normativa para atribuirse competencias legislativas sobre las materias que hemos visto y sobre otras, y ello a través de sus estatutos de autonomía.

Todas estas materias, en su vertiente privada, se consideran mercantiles, por tanto, la competencia legislativa exclusiva sobre ellos la tiene el estado (149.1.6ª). Lo que sucede es que la administración pública cada vez interviene más en la actividad económica y esa intervención ha dado lugar a que se generen muchas normas de derecho público – económico. En esta campo es donde van a poder intervenir las CCAA.

En el ámbito mercantil, las CCAA deberán limitarse a dictar normas para el desarrollo legislativo en el territorio de la CCAA o simplemente a cuidar de su ejecución. En conclusión, toda la regulación de carácter privado sobre la materia mercantil queda reservada al estado. Las CCAA no tienen competencia legislativa en esta materia.

• **Los Usos de comercio.**

El artículo 2 Cco establece un sistema de fuentes de DM que dice que a falta de ley regirán los usos de comercio. El tema de los usos es complicado por cuestiones terminológicas. La expresión uso es un término equívoco, ya que alude a un dato externo, la repetición de actos, al margen del alcance jurídico que debamos darle a esa repetición. El uso es uno de los elementos integrantes de la costumbre y no queda claro que cuando el Cco habla de uso se refiera a la costumbre.

Entendemos por uso la práctica repetida de una determinada conducta, de forma que será uso mercantil la práctica repetida de una determinada conducta en el tráfico mercantil. Nos estamos refiriendo a la observancia general, constante y uniforme de ciertas prácticas y reglas por los comerciantes en sus negocios.

Tradicionalmente, junto a este elemento externo de la repetición de conductas, la doctrina ha venido exigiendo algo más. Para estar ante una verdadera costumbre, dicha conducta se debe llevar a cabo en el convencimiento de estar cumpliendo con una norma jurídica mercantil, objetiva y por tanto de obligado cumplimiento. A este elemento es lo que la doctrina llama *opinio iuris*.

Lo cierto es que el uso por sí sólo no tiene asegurado su reconocimiento por los tribunales como norma integrante del ordenamiento jurídico. De alguna forma es necesario que la comunidad esté persuadida de la obligatoriedad jurídica del uso para que este pueda ser considerado como norma jurídica. Por lo demás, el uso

no podrá ser contrario a la ley, moral y orden público.

El DM surgió y se desarrolló en la EM como un derecho consuetudinario. La costumbre mercantil, por tanto, va a ser muy importante en la sociedad medieval políticamente muy disgregada y donde la tradición oral tiene mucha importancia. Actualmente, hay que reconocer que es muy difícil y complicado que se den las condiciones mínimas necesarias para que surjan costumbres y puedan ser consideradas como verdaderas.

Los usos surgen en el campo de la contratación mercantil, y lo hace fundamentalmente para cumplir tres funciones:

- Suplir la falta de una regulación legal adecuada.
- Cubrir las eventuales lagunas que existían en el régimen de un contrato.
- Nos ayudan a interpretar los contratos cuando surjan dudas.

Los usos cumplen así dos funciones principales, integradora e interpretadora de los contratos. Así, podemos decir que los usos constituyen una manifestación espontánea del derecho. La doctrina ha destacado como se forman los usos en 3 fases:

- En un primer momento, en un determinado grupo de contratos aparecen de forma repetida y constante determinadas cláusulas, que se denominan cláusulas de estilo.
- Posteriormente, en segundo lugar, el contenido de estas cláusulas se sobreentiende que se admiten por las partes aunque no aparezcan en el contrato. Aquí nos encontramos ante los usos interpretativos. Estos no constituyen derecho objetivo y se aplican al contrato por voluntad presunta de las partes. Se trata de usos que nos ayudan a interpretar los contratos supliendo en ellos la falta de cláusulas que de ordinario suelen establecerse. (1287 CC).
- Finalmente, con el paso del tiempo y con el uso constante y reiterado, esos usos se van a objetivizar en el sector del tráfico que se trate. En este momento nos encontramos ante usos objetivos, es decir, normas de derecho objetivo que regulan una determinada realidad jurídica y que se imponen ante los contratantes aunque estos no conozcan su existencia. El hecho de que el uso se aplique a una relación jurídica al margen de la voluntad de las partes es decisivo para ser considerado como uso normativo.

En cuanto a la eficacia de los usos, estos se van a aplicar ante la falta de ley mercantil aplicable y con preferencia sobre el derecho común.

- **Clases de Usos mercantiles.**

Cuando en 1974 se reformó el Título Preliminar del CC, se estableció un nuevo sistema de fuentes y se prestó una especial importancia a los usos. El artículo 1.3 párrafo 2º dice que los usos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre. Este artículo dejó clara 3 cosas:

- Que una cosa es la costumbre y otra los usos interpretativos.
- Que desde el punto de vista de las fuentes, el legislador va a valorar de forma diferente a los usos normativos y a los interpretativos.

Los usos normativos van a suplir la falta de ley y son fuente de derecho. Los interpretativos nos ayudan a interpretar la voluntad de las partes en un determinado contrato, y sólo van a regular esa realidad jurídica en tanto y cuanto se presuma que ha sido querido por las partes.

Asimismo, podemos destacar otras clasificaciones de los usos:

- Usos comunes a todo tipo de comercio o especiales aplicables a determinada situación mercantil.
- Usos internacionales, nacionales o locales.

• **Determinación de su existencia y prueba del Uso.**

En teoría, el uso tiene una ventaja sobre la ley, y es que se adapta mejor a las necesidades reales del tráfico. El inconveniente es que su formación es lenta y en muchos casos el uso se caracteriza por la falta de fijeza y de claridad.

Actualmente es difícil pensar en formación de costumbre realmente consolidada por dos razones fundamentalmente:

- Porque la regulación legal tiende a extenderse invadiendo todos los sectores y con carácter cada vez más imperativo.
- Porque el lugar que antes ocupaban los usos, ahora es ocupado por las Condiciones Generales para la Contratación.

Es difícil saber qué usos están vigentes en un determinado momento y lugar. Por ello el TS y el CC sostienen que salvo en el supuesto del uso notorio, el uso debe ser probado por la parte que lo alegue, no se presume que el juez conoce los usos. Hay que destacar que se han llevado a cabo recopilaciones de usos mercantiles por organismos oficiales y a ellos puede acudir el juez para comprobar la existencia del uso.

• **Significado de las Condiciones Generales para la Contratación.**

Entendemos por Condiciones Generales de la Contratación, el clausulado general que un empresario o grupo de empresarios tiene preparado para que sirva para regir todos los futuros contratos que realice de un determinado tipo, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate.

El concepto legal está en el artículo 1 LCGC. Es esencial al concepto de condición general, que la parte típica y fija de los futuros contratos haya sido preestablecida, de forma que todos los contratos de igual clase tengan igual contenido.

El empleo de estas condiciones generales viene de antiguo y a través de ellas se trata de racionalizar la contratación dentro de las empresas. Esta racionalización se lleva a cabo a través del establecimiento de formularios y contratos tipo.

Las condiciones generales se han ido desarrollando al mismo ritmo que se desarrolló la estructura empresarial. Comienzan a emplearse en el sector de las grandes empresas del sector del transporte marítimo y de seguros. Después pasan a las empresas bancarias, de suministros etc. Actualmente, las condiciones generales invaden todos los sectores de la contratación mercantil.

Actualmente, hay que decir que en la contratación mercantil es absolutamente necesario el empleo de condiciones generales. La masificación del mercado y del consumo ha provocado que los mismos contratos se realicen en repetidas ocasiones y ello hace imposible la discusión de todas las cláusulas de los contratos. A través de ellas, se trata de economizar tiempo y medios personales y materiales en la actividad empresarial. Además, con las condiciones generales, se va a dar un tratamiento similar a todos los clientes que solicitan un determinado producto o servicio.

El empleo de estas condiciones suponen un riesgo de abuso porque las partes que firman el contrato no tienen la misma capacidad para decidir la inclusión o no de una cláusula en el mismo. Las empresas redacta en

contrato y el consumidor o usuario se adhiere o no a él. Al redactar el empresario trata de aligerar su responsabilidad en la relación contractual, tratando de trasladar a la otra parte los riesgos de la relación jurídica. El riesgo de abuso se trata de paliar mediante 3 controles:

- Legislativo, de las condiciones generales.
- Administrativo.
- Judicial.

La naturaleza jurídica de las condiciones generales ha sido discutida en la doctrina. Destacan dos posiciones, la normativista y la contractualista.

Para los normativistas, las condiciones generales son una nueva fuente de derecho objetivo, porque son elaboradas por escrito por el empresario y se van a destinar a una generalidad de personas. Además, si el cliente quiere el bien o servicio en cuestión, deberá someterse en todo caso a ellas.

A pesar de este sector, las condiciones generales solo van a ser eficaces si el contrato en el que se incluyen recibe el consentimiento de ambas partes. Además, aún en el supuesto de que ambas partes firmen el contrato, dichas condiciones solo afectan a las partes firmantes. En definitiva, a las condiciones generales les falta 2 notas que tiene toda norma jurídica:

- Heteronomía.
- Generalidad.

Parece que las condiciones generales son el fruto de la autonomía de la voluntad de los participantes. Estos, en el uso de la autonomía de la que disponen, deciden someter su relación jurídica a un régimen previamente establecido en las condiciones generales, pero eso no hace que éstas se conviertan en derecho objetivo. En conclusión, las condiciones generales constituyen preceptos de naturaleza contractual, se trata de declaraciones negociales destinadas a regular de modo uniforme situaciones susceptibles de repetición. Por tanto las condiciones generales no constituyen una nueva fuente de derecho objetivo.

Esta naturaleza contractual no va a variar por el hecho de que antes de su utilización deban ser aprobadas por la administración. La actuación de la administración tiene una finalidad de control de las condiciones generales. Es posible que la administración, a través de una disposición jurídica imponga unas determinadas condiciones generales en una determinada clase de contratos. En este caso, la fuente de derecho objetivo será la ley, y no las condiciones generales. También es posible que el uso repetido y constante de ciertas condiciones en un sector del tráfico de lugar a usos normativos. En este caso, el derecho objetivo surgiría de la costumbre y no de las condiciones generales.

Tanto el TS como la LCGC de 1998 consideran las condiciones generales de contratación, cláusulas contractuales predispuestas por una de las partes contratantes.

Fin tema 5

TEMA 6: TEORÍA GENERAL DE LA EMPRESA.

• Planteamiento.

Debemos partir de la realidad económico – social de la empresa. Desde la perspectiva económica, la empresa es una unidad de producción en la que se organizan y combinan los factores de producción (k y l) con la

finalidad de suministrar al mercado bienes o servicios a determinado precio, y todo ello con el objetivo de obtener un beneficio.

Como características fundamentales de la empresa podemos destacar las siguientes:

- La empresa ante todo es una organización, el empresario no se limita a yuxtaponer los factores de producción, sino que los organiza, los coordina a un plan preestablecido. Además, los medios de producción en la empresa se coordinan de forma duradera, la actividad del empresario suele ser permanente.

La empresa va unida a la idea de profesión. La función económica del empresario es la de organizar los factores de producción. Igual que el empresario, los profesionales liberales van a desarrollar una actividad para satisfacer necesidades y van a actuar de forma autónoma. Las profesiones liberales van a crear en algunos casos una organización, van a organizar factores productivos. Estos profesionales liberales actúan en el mercado, se someten a las reglas de competencia del mercado, captan recursos del mercado. Lo que les diferencia del empresario es que el profesional liberal desarrolla su actividad de forma personal y directa, por el contrario, la empresa, la producción de bienes y servicios no es obra personal del empresario, sino que ésta producción se realiza a través del conjunto de medios que el propio empresario ha organizado. En el caso del profesional liberal, el empleo de medios de producción es accesorio y limitado, va a utilizarlos en la medida en que le faciliten el ejercicio personal de la actividad. En la empresa, el empleo de medios de producción es esencial (k y l). La organización del empresario es fundamental, de forma que, incluso la desaparición del empresario no va a hacer que desaparezca la empresa y que se paralice su actividad.

- La empresa es una organización independiente, lo que significa que el empresario goza de total autonomía dentro de ella para organizarla. El único límite está en las normas reguladoras de la actividad de que se trate.

Dentro de esos límites legales, el empresario organiza libremente su actividad económica. Como contrapartida de esa libre iniciativa económica, el empresario asume los riesgos derivados de esa actividad empresarial. Así, al empresario le corresponde tanto las ganancias como las pérdidas.

- El objeto de la empresa es la producción y distribución de bienes o servicios. La finalidad propia de la empresa es satisfacer las necesidades económicas de las personas.
- La producción y distribución de bienes y servicios se realiza para el mercado.

Este dato nos permite dos cosas:

- Primero nos permite excluir del ámbito de la empresa a todas aquellas organizaciones que producen bienes y servicios para consumo propio.
- Segundo, nos permite afirmar que la empresa en lugar de esperar de forma pasiva la demanda de sus bienes y servicios, se va a anticipar a esa demanda, tratando de atraer esa demanda, adoptando el empresario una posición activa.

Por último cabe señalar, que la empresa, como organización independiente que produce para el mercado y que surge por la iniciativa creativa de los hombres, sólo podemos encuadrarla en un sistema de libre competencia. La empresa, tal y como la hemos definido, no puede existir en un sistema de economía dirigida.

- **Evolución de la empresa desde distintos puntos de vista.**

Gran parte de la doctrina dice que es imposible dar un concepto jurídico de empresa. Dicen que la empresa no es un concepto jurídico, sino un supuesto de hecho al que el ordenamiento jurídico enlazaría diferentes

consecuencias. Nos acercamos al concepto jurídico de empresa desde 3 puntos de vista diferentes:

- Aspecto objetivo o patrimonial.

Desde el punto de vista cronológico, el primer aspecto de la empresa que se estudia es el patrimonial. En España, a este aspecto se le prestó mucha atención a partir de los años 20. A la empresa en sentido objetivo también se le denomina como negocio, establecimiento mercantil, etc.

Desde el punto de vista patrimonial la empresa es considerada como un conjunto de elementos de valor patrimonial que el empresario organiza para lograr su actividad económica. La organización de estos elementos patrimoniales va a hacer que el valor de la empresa como un todo sea superior a la suma de los valores que la integran. La empresa desde el punto de vista objetivo estaría compuesta por cosas en sentido jurídico:

- Por bienes materiales
- Por bienes inmateriales susceptibles de valoración económica.
- Por las relaciones crediticias, tanto las activas como las pasivas.

El conjunto de bienes que se organizan en la empresa va a poder irse alterando en función de las exigencias del proceso productivo. Además, la empresa como un todo puede ser objeto de tráfico económico, compra – venta, arriendo, usufructo, etc.

- Aspecto subjetivo.

A finales de los años 50 empieza la doctrina a ocuparse de los aspectos subjetivos de la empresa, es decir, aquellos aspectos que hacen referencia a la titularidad y actividad empresarial.

La conexión empresa – empresario es una relación muy estrecha, y ello hace que en muchas ocasiones el término empresa se utilice para hacer referencia a un sujeto, al sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Y ello a pesar de que desde un punto de vista estrictamente jurídico, la empresa no es sujeto de derecho, la empresa dentro del ordenamiento jurídico, carece de personalidad jurídica. Cuando hablamos de empresa desde el punto de vista subjetivo, aludimos a la titularidad de la empresa y aludimos también a la empresa como modo especial de desarrollar en el mercado una actividad económica organizada. Esta actividad empresarial es una actividad, por tanto, libre y permanente.

- Aspecto institucional.

Existe este aspecto institucional que trata de integrar al empresario con el personal de su empresa en una especie de comunidad empresarial, comunidad que estará regida por los principios de jerarquía y coordinación.

Este aspecto fue estudiado por la doctrina a partir del siglo XIX. En poco tiempo se pasó de un capitalismo de pequeñas empresas a un capitalismo de grandes empresas y grupos empresariales, y ello ha provocado numerosos problemas. Lo que si que pone de manifiesto la doctrina es la necesidad de reformar la empresa. Esta reforma se tiene que hacer dando cabida en ella a intereses distintos de los del titular de la empresa.

La empresa en sentido institucional aparece en España en los años 70, en una Europa en la que existía un sector público económico importante. El estado, como agente económico estaba presente en todos los sectores importantes. En la década de los 70 se afronta la reforma del derecho de sociedades y surge el problema de las grandes empresas y de la gran S.A.. Se plantea la reforma de la estructura de poder de estas grandes SA, es decir:

- Quién y cómo decide.
- Cómo se distribuye el poder.
- Cuáles son los órganos sociales.
- Sus competencias, etc.

La estructura organizativa de la SA del siglo XIX gira en torno a la JGA, es decir, la asamblea de los propietarios. Por ello se dice que la JGA es el órgano soberano de la sociedad. Los administradores aparecen como apoderados, representantes de los accionistas y por ello están subordinados a esa JGA. Se dice entonces que la SA es forma organizativa del k, y no de la empresa, porque de todos los intereses presentes en la empresa a la estructura de poder de la SA sólo accede el del interés del k. Durante los años 20 y 30 esta es la crítica de la doctrina, la SA no es forma jurídica de empresa, sino una forma jurídica del k.

Los alemanes introducen un cambio en la estructura de poder en la SA, introducen un tercer órgano entre la JGA y el consejo de administración, el consejo de vigilancia. Dicen que la JGA es un órgano multitudinario y que por tanto, no es un órgano adecuado para controlar la gestión ni para tomar decisiones. El consejo de vigilancia, por el contrario, es un órgano de control profesional y es un órgano además al cual se integran los representantes de los trabajadores a través de los sistemas llamados de cogestión.

En los años 75 y 76 en Alemania, en las empresas de más de dos mil trabajadores, más de la mitad del consejo de vigilancia estaba formado por trabajadores, con lo que ello supone, ya que éste es el que nombra a los administradores o dirigen las auditorías. El interés de la empresa es el criterio que rige la actuación del consejo de administración. La sociedad se va a gestionar teniendo en cuenta el interés del k y de los trabajadores, e incluso, un eventual interés general. A partir de este momento, la SA deja de ser la forma jurídica sólo del k y pasa a ser forma jurídica de empresa. Este es el sentido en el que se habla de empresa en sentido institucional.

Fin tema 6.

TEMA 7: EL EMPRESARIO.

• Cuestiones generales.

El concepto de empresario es básico para el derecho mercantil. El calificar una persona como empresario tiene importantes consecuencias jurídicas:

- El empresario está sometido al estatuto jurídico específico:
 - Obligada a inscribirse en el Registro Mercantil.
 - Habrá de llevar una contabilidad ordenada de su actividad.
 - Estará sometida a unos procedimientos concursales especiales para los casos de insolvencia.
- La intervención de un empresario en ciertos contratos va a determinar que esos contratos sean mercantiles.

El ámbito de DM se ha ido ampliando por los contratos surgidos en el ejercicio de la actividad del empresario. Nuestro Cco no hace referencia al empresario sino que se refiere al comerciante. Con respecto a la definición de comerciante del Cco del 29, lo único que hace nuestro código es suprimir las referencias de carácter corporativo y también omite toda referencia al estado político.

Hoy en día ya sabemos que el centro del sistema mercantil está en el empresario y la empresa y no en el comerciante, y por ello tenemos que hacer una interpretación de toda referencia de comerciante aplicando el art. 3.1 CC sobre criterio de interpretación de las normas jurídicas. Por tanto tenemos que tener en cuenta que lo característico del DM no es el objeto de su actividad sino que es la organización de su actividad en forma de empresa y esta organización puede afectar a cualquier tipo de organización.

- **La problemática del concepto de comerciante en el Cco. Comerciante y empresario.**

El Cco en su artículo 1 define el concepto de comerciante: son comerciantes a los efectos de este código:

- Los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se dedican a él habitualmente.
- Las compañías mercantiles o industriales que se constituyan con arreglo a éste código.

El concepto de comerciante del código es un concepto que ha superado porque la jurisprudencia lo interpreta como empresario y en las últimas codificaciones se abandona el término comerciante y se sustituye por empresario.

¿Por qué empieza el código dando la definición de comerciante?. Porque para definir el acto de comercio se tiene que recurrir a la figura del comerciante del empresario. Si es importante, es porque el código el hecho de ser comerciante, además de para calificar de mercantil las acciones del empresario, tienen como consecuencia dentro del plano jurídico, el estatuto del empresario. Esto significa dos cosas:

- Impone más obligaciones al empresario: llevar contabilidad, etc.
- Un tratamiento diferenciado en los supuestos de insolvencia. El empresario insolvente tiene que someterse a la suspensión de pagos o a la quiebra.

Del artículo 1 del Cco se puede deducir que para ser comerciante hay que cumplir dos requisitos:

- Capacidad legal para ejercer el comercio.
- Ejercicio habitual del comercio.

De esta definición se deduce que el concepto de comerciante en nuestro ordenamiento es absoluto, para el código no hay diferentes tipos de comerciantes, hay solo uno. Esto tiene como inconveniente el someter a un mismo tratamiento jurídico desde el empresario individual hasta la SA. Hay otras normas en nuestro ordenamiento que tienden a suavizar esa unidad de concepto diferenciando lo que es pequeño, mediano y gran empresario.

Para el código lo que se toma como referencia para la definición de comerciante es el dedicarse habitualmente al comercio.

El problema es que por tomar solo un dato real la definición es incorrecta porque:

- Hay personas que tienen capacidad para ejercer el comercio, se dedican habitualmente al comercio y no son comerciantes.
- Por el contrario, hay personas que no son comerciantes pero que realmente si son empresarios.

Cabe preguntarse porqué se da esta doble circunstancia. Porque el art además del dato de exigir el ejercicio habitual del comercio, olvida el ejercicio del comercio en nombre propio.

La figura del comerciante, del empresario requiere el estudio de la capacidad , ejercicio habitual del comercio y la actuación en nombre propio.

- **Capacidad legal para ser comerciante.**

El art 4 Cco dice: Tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes. Este art es así desde el año 75, en el que fue modificado por que con anterioridad la capacidad para ser comerciante era diferente, y sobre todo había un dato y es que la mujer casada no podía ejercer el comercio salvo con autorización expresa del marido.

En definitiva, podemos concluir que la capacidad del art 4 Cco equivale a la capacidad de obrar del CC, capacidad para asumir derechos y obligaciones.

La crítica que se puede hacer al art 4 en relación con el art 1 es que no nos están dando la capacidad para ser comerciante, sino para actuar como comerciante en nombre propio y de manera directa. El art 5 Cco establece que los menores e incapacitados pueden continuar por medio de sus representantes en el comercio, que pueden ejercerlo sus padres. El comerciante es el menor que puede ser pero no puede actuar.

- **Ejercicio del comercio.**

Dedicarse al comercio es realizar actos de comercio, pero eso no es así, porque hay personas que realizan actos de comercio y no son comerciantes, y también hay particulares que realizan actos de comercio y no son comerciantes por la generalización del DM.

Lo que convierte en empresario para el código es realizar una actividad dirigida a incluir en el mercado bienes y servicios con ánimo de lucro y que se realice de forma profesional una actividad económica.

- **Habitualidad.**

Para ser empresario hay que realizar los actos de manera profesional, ¿pero a partir de qué momento los actos se convierten en habituales?. El código establece una presunción en el art 3. Según éste artículo existe la presunción legal del ejercicio habitual del comercio, desde que la persona que lo vaya a ejercitar lo haga por carteles, rótulos y anuncie el establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil.

La consecuencia es que desde el primer acto que realice se le considera comerciante y los actos que realiza son actos de comercio.

- **Actuación en nombre propio.**

Esta nota tiene una consecuencia básica y es que el comerciante es quien va a ser titular de los derechos que se deriven de esa actividad, va a ser el responsable de las obligaciones que se asuman como consecuencia de esa actividad.

Esta nota es la que nos permite diferenciar al empresario del resto de personal de una empresa. Esta actuación en nombre propio nos permite diferenciar al empresario social de sus representantes.

- **Zonas limítrofes del concepto de empresario.**

Hay determinadas personas que realizan una actividad económica, que en principio reúnen capacidad legal, ejercicio efectivo y habitual de una actividad económica y actúan en nombre propio, pero que hay dudas si son empresarios o no.

- **Ganaderos, agricultores y artesanos.**

Para el código no son empresarios aunque reúnan los requisitos exigidos. No los considera así por razones históricas. Cuando se promulga el código se diferencia la actividad del sector primario, agricultura, ganadería, artesanía, de los sectores industriales y de servicios, teniendo esto un reflejo específico en el art 326 Cco. Este artículo excluye el carácter mercantil de la compraventa que realicen agricultores y ganaderos y se tienen que regir por el CC.

Hoy en día la situación empieza a cambiar porque cuando el agricultor o ganadero actúa a título individual sigue siendo válido lo que hemos dicho, pero la en práctica, cada vez es más frecuente utilizar las sociedades, y desde el momento en que intervienen a través de sociedades ya tienen carácter mercantil las operaciones que hagan.

- **Profesiones liberales.**

Estas si reúnen los requisitos para ser empresarios y actúan en nombre propio, pero tampoco tienen en principio el carácter de comerciante.

Esta no consideración de empresario tiene razones históricas porque se consideraba que había que separar el ejercicio de las ciencias, del arte del comercio. Se entendía que los abogados, médicos, etc, no podían tener ese afán de lucro de los comerciantes, sino que trabajaban por razones superiores. En la práctica se mantiene, no tienen carácter de comerciante a ningún efecto.

Lo que ocurre, es que siendo todo esto cierto, la práctica suele ir por delante del derecho y lo que hacen es que se construyen bajo el amparo de sociedades. Crean una sociedad y realizan su actividad profesional bajo la cobertura de una sociedad; esto es así porque:

- Consiguen la responsabilidad limitada.
- Tienen ventajas fiscales.

Lo que ocurre es que el Ministerio de Hacienda, inventó la transparencia fiscal. A efectos fiscales se reconoce la sociedad pero se considera que los socios ejercen directamente la actividad y no se rigen por el impuesto de sociedades, sino por el IRPF.

- **Las empresas públicas.**

El estado interviene en la actividad económica de dos formas:

- Participando en la actividad económica.
- Interviniendo directamente en esa actividad, operando en el tráfico, produciendo bienes y servicios, actuando como si fuera una empresa.

Muchas veces se mete todo en el mismo saco y se dice que es el estado que está interviniendo en la actividad económica. Pero hay que separar el supuesto en que el estado interviene como tal, es decir, como corporación de derecho público en la actividad económica. En esos casos, no tiene carácter de empresario, porque no cumple ninguno de los requisitos del artículo 1 Cco. Esto es cada vez mas infrecuente por:

- Ni siquiera a la corporación de derecho público le interesa, es muy poco operativo.
- Porque a los terceros que contratan con él no les gusta la fórmula por el hecho de que no tengan un empresario enfrente, sino una corporación de derecho público, que si hay algún problema, no se

pueden embargar bienes públicos.

Se utilizan figuras de derecho privado, sociedades que se denominan públicas, estatales, pero que son sociedades sometidas al DM, como la especialidad de que su único accionista es el estado, y en algunos casos ni siquiera el único. También puede haber una parte de los accionistas que sean particulares, a esto se le denomina sociedades mixtas. Lo importante es que la sociedad tiene carácter de empresario.

- **Las fundaciones.**

Las fundaciones son una figura jurídica que consiste en que uno o más personas afecten un patrimonio de una manera permanente a la promoción de unos fines de interés general, público, fijados por el o los fundadores.

La fundación tiene que inscribirse en un registro y hay unas autoridades públicas que velan por el cumplimiento de esos fines, que es el protectorado.

La duda que se plantea es si una fundación puede o no dedicarse a una actividad económica. En principio si puede, pero con una condición, y es que los resultados de esa actividad estén sometido a dar cumplimiento a los fines fundacionales. En nuestro derecho las fundaciones se dedican a actividades económicas y hay una clase de fundaciones que realizan unas actividades económicas muy importantes y son las cajas de Ahorros, que tienen naturaleza de fundación, ya que se ha afectado una masa patrimonial al cumplimiento de los intereses públicos.

Las Cajas de Ahorros, que hoy en día tienen el mismo objeto social que los bancos, surgen en una época en que había una figura que eran los usureros. Entonces, unas personas ligadas a la Iglesia, idearon un sistema para evitar la usura. El sistema es el Monte de Piedad, que era una organización que prestaba dinero mediante garantía pignoratícia. El préstamo se hacía a cambio de una prenda y a un interés muy bajo.

Esto fue un éxito absoluto, fue tal que hubo dificultades de financiación del negocio y se inventó la Caja de Ahorros, que es el sistema para financiar el Monte de Piedad. Se habría al público la posibilidad de que quien tuviera ahorros los ingresara y le dieran un tanto por ciento, y ese dinero ingresado lo prestaban en el Monte de Piedad.

La fundación está en la afectación de esas personas a un fin, que es prestar dinero a un tipo bajo y destinar sus ganancias a obras de interés social.

- **Sociedades limitadas.**

Se caracterizan por tener responsabilidad limitada. Solo responden frente a los terceros con todo su patrimonio, pero una vez agotado éste, no responden los patrimonios de los socios.

En la práctica se utiliza este mecanismo de la sociedad para defraudar. La jurisprudencia italiana creó la teoría del levantamiento del velo, que es que si se consigue demostrar que ha habido fines fraudulentos, el juez puede levantar el blindaje y exigir responsabilidades a los socios frente a 3º

En este caso, como se está constatando que ese tramado tenía como finalidad el embargo de los bienes, el juez, embarga los bienes. Esto se ha hecho en el orden social, también se ha utilizado en el orden civil y se está debatiendo en el orden penal.

- **Clases de empresarios.**
- **Individuales y colectivos.**

En nuestro ordenamiento existen dos tipos:

- Empresario individual: persona que tiene una actividad económica, lo hace en nombre propio como persona física. Es una figura cada vez menos frecuente porque tiene responsabilidad ilimitada, responde con todos sus bienes, presentes y futuros.
- Empresario colectivo: son las sociedades en las que la empresa es la propia sociedad.

Respecto a ésta última, decir que el CCO diferencia tres tipos de sociedades o empresas colectivas:

- Sociedad colectiva.
- Sociedad comanditaria.
- Sociedad anónima.

La sociedad colectiva y la comanditaria se caracterizan por la ilimitación de su responsabilidad. Esto significa que los terceros que realizan negocios con ellas tienen que dirigir sus reclamaciones a la sociedad, y en caso de insuficiencia de patrimonio, el tercero puede reclamar a los socios.

La sociedad colectiva y comanditaria prácticamente no existen en el tráfico mercantil porque cuesta lo mismo y tienen menos ventajas.

En la sociedad anónima, si hay limitación de responsabilidad y el socio solo responde por lo aportado, pero el tercero no puede dirigirse al patrimonio de los socios.

En la práctica surgen otros tipos de sociedades que son:

- Sociedad empresarial limitada: se caracteriza por la limitación de la responsabilidad y por tanto lo habitual es que las actividades económicas se lleven por sociedad limitada o anónima.
 - Sociedades anónimas especiales.
 - Sociedades corporativas y mutualidades: tienen carácter de empresario. Tienen unas notas especiales como la posición que ocupa el socio en la sociedad etc.
- **Necesarios y potestativos.**

Hace referencia a la forma. El criterio de clasificación se ha visto alterado por el principio de empresario por razón de la forma.

Hay empresas que el hecho de constituirse de una determinada forma se les considera empresa independientemente de que se dediquen a una actividad económica. En nuestro derecho se da en la SA y SL. Todas ellas tienen carácter de empresario, independientemente de la actividad que realicen.

- **Grandes y pequeños.**

El concepto de empresario es un concepto unitario, se es o no se es empresario. Pero si la respuesta es afirmativa, las obligaciones derivadas son las mismas, tanto un pequeño como un gran empresario.

En nuestro derecho no existe esa diferenciación aunque si existe en otras ramas de nuestro ordenamiento como el derecho tributario.

Fin tema 7.

TEMA 8: RÉGIMEN GENERAL DEL EMPRESARIO.

- **Relevancia jurídica de la calificación como empresario. El llamado estatus del empresario.**

El hecho de que una persona sea calificada tiene transcendencia jurídica porque implica el sometimiento de esa persona a un estatuto jurídico especial, a un régimen jurídico distinto al del resto de las personas. Las manifestaciones de éste régimen jurídico especial son:

- En cuanto a la capacidad, el Cco prevé un régimen especial para el comerciante, en función de su situación personal.
- En la legislación mercantil nos encontramos prohibiciones o autorizaciones en cuanto al ejercicio de la actividad empresarial, o encontramos que determinadas actividades empresariales están reservadas a personas de una naturaleza jurídica especial.
- Al empresario se le atribuye un cierto poder directivo en relación al personal de su empresa. Este poder lo desarrolla a través de diferentes medios.
- Destacar que el empresario va a quedar sometido a verdaderas obligaciones de estatus. Así, todo empresario estará obligado a inscribirse en el Registro Mercantil y a llevar una contabilidad ordenada.
- Todo empresario, en caso de insolvencia queda sometido a procesos concursales específicos, quiebra y suspensión de pagos, con lo que ello implica.
- El estatuto jurídico del empresario va a quedar matizado, en algunos supuestos, en función de la actividad que se desarrolle o de la forma que se asume para el ejercicio de esa actividad empresarial.
- **Capacidad y limitaciones al ejercicio de la actividad.**

Al empresario se le exige determinada capacidad, porque en el ejercicio de su actividad económica continuamente lleva a cabo actos jurídicos. El empresario puede ser persona física o jurídica. En cuanto al último, decir que la persona jurídica va a adquirir la condición de empresario desde el mismo momento de su constitución, que se produce, mediante escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil.

Hay que destacar que el artículo 1.2 del Cco debe ser matizado en un doble sentido:

- Primero decir que actualmente existen formas societarias no previstas en el Cco y que deben ser consideradas como empresas. El artículo 122 Cco hace una enumeración de los diferentes tipos societarios mercantiles. Este artículo empieza con las palabras por regla general y ello nos dice que cabe la posibilidad de que existan empresarios bajo formas societarias no previstas en el artículo 122 y un claro ejemplo lo tenemos en las sociedades mutuas y cooperativas del artículo 124.
- Segundo, cuando una persona jurídica no societaria ejerce una actividad empresarial cumpliendo con todos los requisitos del empresario debe ser considerada como tal.

En cuanto a las personas físicas, el Cco establece límites en cuanto al ejercicio de una actividad empresarial de una persona física. El artículo 4 exige a las personas que adquirir la condición de empresario que sean mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes.

Cuando decimos que tienen que tener la libre disposición de sus bienes, nos referimos a que deben tener plena capacidad civil, no deben de haber sido declarados incapaces. Los incapaces no deben adquirir la condición de empresario porque los contratos que realicen serían anulables.

El artículo 5 del Cco contiene una excepción ya que este artículo permite a los menores e incapacitados continuar con la ayuda de sus representantes legales el comercio que hubieran heredado. Esta excepción se justifica en el principio de continuidad y conservación del establecimiento mercantil.

El representante legal del menor o incapacitado será quien solicitará su inscripción en el RM. En esa inscripción además de los datos generales que se exigen por la ley, deberán inscribirse los datos relativos a los representantes legales y los del causante. En estos casos, el empresario es el menor o incapacitado, no el

representante legal, el cual, sólo ejerce la actividad empresarial en nombre de aquellos.

El representante legal, puede completar la capacidad del menor o incapacitado a los efectos de continuar la empresa heredada. Lo que en ningún caso podrán hacer los menores o incapacitados, ni siquiera a través de representante legal, será iniciar una actividad empresarial nueva.

Finalmente, el empresario que haya iniciado su actividad empresarial y que después caiga en causa de incapacidad podrá conservar la condición de empresario si continúa ejerciendo la actividad empresarial a través de representante.

- **Particularidades propias del empresario casado.**

El Cco de 1885 otorgaba al marido la dirección económica del matrimonio y se exigía su autorización para que la mujer pudiera ejercer el comercio. Esta autorización era un presupuesto para adquirir la condición de empresario. La falta de ésta, determinaba la anulabilidad de los actos realizados por la mujer.

La autorización del marido podía ser expresa, través de escritura pública inscrita en el registro, o bien tácita, cuando el marido no se oponía a que la mujer continuase ejerciendo el comercio que ya desarrollaba antes del matrimonio o bien no se oponía a que lo iniciase después del mismo.

La autorización podía ser revocada en cualquier momento. Esta situación estuvo vigente hasta la Ley sobre los Derechos Públicos, Privados, Profesionales y del Trabajo de la Mujer de 1961, que estableció la posibilidad de que el juez pudiese autorizar a la mujer casada el ejercicio del comercio, cuando el marido denegaba esta autorización en abuso del derecho o de mala fe.

Actualmente, esto ha sido modificado por la Ley de 2 de mayo de 1975 que modificó numerosos preceptos, tanto del Cco como del CC. Esta ley suprimió la necesidad de autorización para el ejercicio del comercio por parte de la mujer casada, consiguiendo la igualdad de capacidad para el ejercicio del comercio entre hombres y mujeres.

Principio del que partimos: hay que partir de la idea de que el empresario individual, hombre o mujer, casado o soltero, no crea un patrimonio exclusivamente destinado a responder de las deudas del ejercicio del comercio, de la actividad empresarial que realiza. El empresario responde de las deudas derivadas del ejercicio del comercio con todos sus bienes, presentes y futuros, aunque esos bienes no tengan relación con el ejercicio de la actividad empresarial.

El problema que se plantea es determinar en el caso del empresario casado si su responsabilidad se puede o no extender a los bienes que no son exclusivos suyos, es decir, si la responsabilidad derivada del ejercicio del comercio puede afectar a los bienes del otro cónyuge y a los bienes comunes.

- Bienes propios del cónyuge que ejerce el comercio.

Los bienes propios del cónyuge comerciante estarán siempre sujetos a las resultas derivadas del ejercicio del comercio. Sobre éstos bienes, el empresario tendrá pleno poder de disposición. Cuando el legislador habla de bienes propios se refiere a los bienes privativos del 1346 del CC.

Esta norma es de derecho imperativo y por lo tanto no podrá ser limitada ni siquiera a través de capitulaciones matrimoniales.

- Bienes propios del cónyuge que no ejerce el comercio.

El empresario no va a poder obligar con su actividad mercantil los bienes de su cónyuge sin su

consentimiento. Este consentimiento, dice el artículo 9 Cco, que deberá ser expreso en cada caso. Para que este consentimiento produzca efecto frente a terceros es necesario escritura pública e inscripción en el RM. Con la expresión consentimiento expreso, el artículo 9 quiere decir que el cónyuge debe precisar si todos sus bienes quedan obligados a las resultas del comercio, o sólo unos pocos, debiendo expresar cuales en concreto.

Esta exigencia del consentimiento expreso, no se puede interpretar en el sentido de que sea necesario el consentimiento del cónyuge cada vez que los terceros quieran satisfacer los créditos con esos bienes. Esta interpretación no sería compatible con la técnica registral, y es que, la técnica registral exige que los terceros tengan conocimiento anticipado de qué bienes quedan vinculados al cumplimiento de las obligaciones.

Es posible que el consentimiento se haya prestado pero no con escritura pública y registro. Si esta falta de publicidad se debe a un comportamiento culposo de los cónyuges, los terceros van a poder extender la responsabilidad derivada del comercio a los bienes propios del cónyuge del comerciante, pero para ello deberán probar que ese consentimiento expreso existió.

El consentimiento referido podrá ser libremente revocado en cualquier momento. Esta revocación no afectará a los derechos adquiridos anteriormente.

- Bienes adquiridos como resultado del comercio.

Estos bienes adquiridos por frutos de la actividad mercantil van a quedar siempre vinculados a las resultas de esa actividad mercantil, y ello aunque tengan la consideración de bienes gananciales. El artículo 6 recoge un principio tradicional del tráfico mercantil. Este principio dice que deben compensarse entre sí los resultados positivos y negativos de las diferentes operaciones mercantiles. Sobre estos bienes el empresario casado tendrá la plena disposición de los mismos.

- Bienes comunes.

Cuando el legislador habla de bienes comunes se refiere a los bienes gananciales del 1347 CC. El concepto de bienes gananciales y comunes no coincide plenamente. No serían bienes comunes los bienes gananciales obtenidos de la actividad empresarial. Por tanto el concepto de bienes comunes es más restringido que el de gananciales.

Para que los bienes comunes queden obligados es necesario el consentimiento de ambos cónyuges. Este consentimiento debe inscribirse en el RM. Según parte de la doctrina, es inexplicable que se exija el consentimiento de ambos cónyuges para vincular los bienes comunes a las obligaciones comerciales.

Es lógico que se exija el consentimiento del cónyuge del comerciante, porque la parte que le va a corresponder de los bienes gananciales puede verse afectada por las consecuencias derivadas del ejercicio de la actividad comercial por parte de su consorte. A pesar de ello, el hecho de que el cónyuge del empresario decida sobre la vinculación de la parte que le corresponde al cónyuge empresario en los bienes comunes, no deja de ser una peculiar excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal del 1911 CC.

Lo que no tiene sentido es que se exija el consentimiento de la persona que ejerce el comercio para que su parte de los bienes comunes quede vinculada a las responsabilidades derivadas del comercio. Debería ser suficiente para que quedaran vinculados que el cónyuge empresario se obligara con terceros.

Si interpretamos el artículo 6 literalmente, todo comerciante casado podrá limitar su responsabilidad en perjuicio de terceros. Este problema puede solucionarse interpretando los artículos 6,7 y 8 Cco. Los artículos 7 y 8 establecen 2 presunciones en cuanto al consentimiento expreso, el Cco presupone prestado dicho consentimiento en dos supuestos:

- Viene contemplado en el art 7 Cco. Para que la oposición a la que se refiere el art 7 surja efectos frente a terceros, deberá tener escritura pública e inscripción. En realidad no se trata de oponerse a que el otro cónyuge ejerza el comercio, sino de oponerse a que los bienes comunes queden vinculados a las resultas de ese comercio.
- Art 8 Cco: se presumirá otorgado el consentimiento cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo ya el comercio y lo continuare sin oposición del otro.

En definitiva, se deduce otorgado el consentimiento del cónyuge del empresario por su conducta pasiva, por su no oposición.

Pese a que el art 6 no dice si los acreedores deberán cobrarse con los bienes privativos antes que con los bienes comunes, hay que decir, que según la mayoría de la doctrina, ambas clases de bienes quedarán afectos de forma solidaria.

En cualquier caso, el cónyuge del empresario podrá revocar libremente en cualquier momento el consentimiento prestado, tanto si fue prestado tácita o expresamente.

En general, para todos los actos de consentimiento, oposición y revocación de ese consentimiento, decir que si el consentimiento se inscribió en el registro, la revocación también deberá inscribirse. En caso de consentimiento presunto o no inscrito, la revocación u oposición podrán probarse por otros medios, aunque es conveniente que se haga a través de escritura pública.

• **Capitulaciones matrimoniales.**

El sistema de los arts 6 a 12, está pensado para matrimonio sometido al régimen de gananciales. El art 1266 CC dice que el régimen anterior se entiende sin perjuicio de pactos contrarios posteriores. De la lectura del art 12 se deduce que en caso de capitulaciones matrimoniales, lo que en ellas acordado deberá prevalecer sobre el régimen legal de los arts 6 a 11.

El legislador ha sido desafortunado en la redacción del artículo 12 por varias razones:

En los artículos 6 a 11 se regulan cuestiones de responsabilidad, capacidad y publicidad registral, y no es posible que cuestiones de esta naturaleza estén reguladas por normas totalmente dispositivas, aplicables sólo en defecto de pacto en capitulaciones matrimoniales. Lo que parece claro es que a través de las capitulaciones matrimoniales no se va a poder restringir la capacidad de ninguno de los cónyuges para el comercio. Esta capacidad es de orden público, por tanto al margen de la voluntad de las partes.

Por otro lado, parece que con capitulaciones matrimoniales, tampoco va a ser posible alterar la aplicación de lo dispuesto en el art 11 del Cco, ya que la inscripción en el registro de los actos que dicho art se refiere, nos viene impuesta en protección de los terceros.

Hay que plantearse si mediante capitulaciones matrimoniales se puede alterar lo establecido en los artículos 6 a 10, es decir, si existe o no un mínimo de bienes que en cualquier caso van a quedar vinculados a la responsabilidad derivada del ejercicio del comercio, incluso en contra de la voluntad de los cónyuges. La protección de los intereses de terceros y del tráfico en general, exige que al margen de los pactos de las capitulaciones matrimoniales, existan unos bienes mínimos vinculables a las resultas del ejercicio del comercio. Esta es la finalidad de la primera parte del art 6.

Hay que recordar, que las normas que en general, establecen la responsabilidad civil de las personas, son normas de derecho imperativo, porque afectan a terceros, de modo que la primera parte del artículo 6 es de carácter necesario, imperativo, por ser una norma que determina la responsabilidad del empresario.

- **Facultades de disposición del cónyuge.**

A través de capitulaciones matrimoniales no se van a poder reducir los bienes sobre los que el art 6 otorga poder de disposición. Sobre los bienes mencionados en la primera parte del art 6, el empresario tendrá pleno derecho de disposición. El empresario casado, para poder ejercer el comercio, debe tener la libre disposición de sus bienes propios, y por ello el art 6 dice que el comerciante casado puede vender y gravar sus bienes propios.

Además, el comerciante casado también puede disponer de los bienes derivados de la actividad empresarial, y es que el ejercicio del comercio, por su naturaleza, exige que el comerciante pueda disponer de aquellos bienes que el comerciante obtenga como consecuencia de la actividad empresarial. Lo contrario iría contra la seguridad del tráfico porque los terceros deben poder confiar en que el empresario puede disponer de los bienes pertenecientes a su negocio.

Por tanto, el art 6 no sólo dice los bienes que quedan afectos al comercio, sino que también nos dice, con carácter imperativo, los bienes sobre los que, como mínimo, el comerciante casado va a tener poder de disposición.

En conclusión, la ley da la posibilidad a los cónyuges de elegir el régimen económico matrimonial que más les convenga. Ahora bien, el derecho positivo impone un contenido mínimo en cuanto a capacidad, poder de disposición y consecuencias patrimoniales del régimen económico sobre los terceros.

Problemas del régimen legal de los arts 6 a 12 Cco:

- El CC distingue entre bienes propios y comunes y dentro de esto entre adquiridos dentro y fuera de la actividad empresarial. Esta distinción en la práctica es muy difícil.
- La extensión de la responsabilidad a los bienes comunes y a los bienes propios del cónyuge del empresario, depende en gran medida, de que el consentimiento, revocación u oposición de ese consentimiento, conste en escritura pública inscrita en el registro. Ello hace que la eficacia de estas normas sea muy pequeña, porque el empresario individual no está obligado a inscribirse en el RM y eso hace que normalmente no se inscriba.

Este régimen jurídico sería más eficaz si el empresario individual estuviera obligado a inscribirse en el RM, porque el empresario inscrito debe hacer constar la identidad de su cónyuge, fecha y lugar del matrimonio y las capitulaciones matrimoniales con el régimen económico matrimonial aplicable en su caso.

FIN TEMA 8.

TEMA 10: COLABORADORES DEL EMPRESARIO.

- **Introducción. Distinción entre colaboradores dependientes e independientes.**

Los colaboradores son aquellas personas con cuya ayuda el empresario lleva a cabo su actividad empresarial. Según el grado de dependencia que tengan con el empresario, podemos dividirlos en dependientes e independientes.

Los dependientes, o auxiliares del empresario, son aquellas personas que se integran en la organización empresarial. Normalmente están vinculados con el empresario por una relación de subordinación de carácter estable. Su actividad colaboradora se caracteriza por la permanencia. Estos vínculos del empresario se hacen a través de un contrato de trabajo, integrando la plantilla de la empresa. La diferencia con otros colaboradores es que no asumen ningún riesgo de carácter empresarial.

Algunos de estos colaboradores dependientes van a desarrollar actividades de gestión por cuenta del empresario, relacionándose con terceras personas. Ello es posible dotando a éstos de representación. A estos colaboradores les denomina el Cco como factores dependientes y mancebo. Hay que distinguir a estos colaboradores con representación de aquellos también dependientes pero sin representación, como pueden ser técnicos, personal no cualificado etc.

En cuanto a los colaboradores independientes, o autónomos, son aquellas personas que ayudan al empresario sin estar sometidos a su subordinación. Van a estar al margen de la empresa como unidad de trabajo. Pueden estar más o menos relacionados con la empresa pero tienen autonomía de gestión y actúan en nombre propio. Son a la vez empresarios, titulares de su propia empresa y prestan servicios retribuidos a otras empresas asumiendo el riesgo correspondiente.

La relación jurídica interna que vincula al empresario individual con el colaborador independiente suele ser un contrato de comisión, agencia o mediación.

- **Representación mercantil.**

En principio para que los 3º tuviesen conocimiento preciso de quienes eran aquellas personas que representaban al empresario, se acude a la técnica de la inscripción registral. Además, se trata de ir hacia una cierta tipificación de la amplitud del poder en función del puesto que el apoderado ocupe en la organización empresarial. La continuidad se garantiza en tanto en cuanto no conste la revocación del poder. Destacan dos orientaciones:

- Orientación germánica:

La figura central en el tema de representación en el ordenamiento jurídico alemán es el apoderado general. La amplitud, ámbito del poder de representación del apoderado general viene en la ley. Va a poder realizar todas las funciones relacionadas con la explotación y funcionamiento de la empresa, además le reserva determinados actos y contratos al propio empresario. Si el empresario quiere que el apoderado general también realice esto, le debe dotar de un poder especial, sobre todo en temas de transmisión, cambios, enajenación de empresa etc. Esta configuración típica del poder no se puede limitar, solo si se puede limitar en dos casos:

- Cuando se trate de una filial o sucursal, el poder del apoderado general se puede limitar al sector del tráfico al que se dedique esa filial.
- Se puede hacer el poder conjunto, de forma que para contratar deban estar presentes diferentes apoderados.

Al margen de esto, toda limitación que se establezca al poder del apoderado general, va a ser ineficaz frente a terceros. Estas posibles limitaciones solo van a operar en el ámbito de las relaciones internas entre empresario y su apoderado. Cuando el apoderado se exceda de la limitación impuesta por el empresario, estará obligado a indemnizar por daños y perjuicios. Con este sistema, se pretende garantizar la seguridad del tráfico y proteger al máximo a los terceros. Éstos, van a conocer por ley, el ámbito del poder del apoderado general, no teniendo que acudir al registro para investigar.

- Sistema italiano o latino:

Aquí, el apoderado general va a gozar del mismo ámbito de poder que el alemán. La diferencia está en la posibilidad de establecer límites a ese poder. En el caso italiano, la limitación del poder por parte del empresario, sí va a ser eficaz frente a 3º si se inscribe en el registro mercantil.

Aquí, se pretende proteger la seguridad del tráfico, no a través de la tipificación del ámbito de poder, sino de la publicidad registral. El inconveniente es la carga para los 3º de investigar en el registro los posibles límites del poder. En caso de que el apoderado general no se atenga a los límites impuestos por el empresario, no quedará vinculado el empresario y será responsable frente a 3º el propio apoderado. Si los límites no se inscriben en el RM dichos límites no podrán ser oponibles frente a 3º de buena fe, y en el caso de que el apoderado los traspase, el responsable será el empresario, sin perjuicio de que luego pueda actuar contra su representante.

- **Apoderados generales o factores.**

El factor está autorizado para administrar dirigir o contratar por cuenta ajena sobre las cosas concernientes a la empresa, con más o menos facultades, según se haya tenido por conveniente el propietario. Se encuentra vinculado al empresario por un contrato de trabajo, es una relación laboral de carácter especial. Destacar que las sociedades y personas jurídicas también pueden nombrar factores.

- **Ámbito de poder y limitaciones.**

El factor necesita un poder general para realizar el funcionamiento de la empresa. El Cco establece que el empresario puede introducir límites a ese poder general. Este poder, de tratarse de sociedades, debe ser inscrito en el RM, y si es un empresario individual, la inscripción es potestativa.

Los factores deben actuar en nombre del empresario, debiéndolo hacer constar en todos los documentos que suscriba. Si no lo hace constar que actúa en nombre del empresario, también éste podrá quedar vinculado. Esto sucede si se trata de operaciones del tráfico normal de la empresa. Si no actúa dentro del tráfico normal de la empresa, y no hace constar que actúa en nombre del empresario, éste no quedará vinculado.

Si actúa en nombre propio y por cuenta propia, no queda vinculado el empresario, pero puede darse el caso de que el factor actúa de esa manera para la negociación la hubiere hecho por cuenta del principal, en éste caso, la otra parte, el tercero contratante, podrá ejercer su acción contra el principal o contra el auxiliar o factor. El apoderado responde frente al empresario de los perjuicios que le cause si obra con malicia o negligencia de las órdenes del empresario.

Si el factor no está inscrito en el RM, es lo que se llama **factor notorio**, actúa en base a una publicidad de hecho, en este caso, las limitaciones al poder operan solo en el plano interno, pero no tienen efectos frente a 3º.

Si el factor sí está inscrito, es un **factor registral**, tiene efectos tanto internos como externos, es decir, frente a terceros.

- **Prohibición de la competencia.**

El Cco prohíbe que se haga la competencia al empresario, salvo pacto expreso en contra. En caso de que haga la competencia sin autorización, los bienes de esos negocios serán para el principal y las pérdidas serán a cargo del factor.

- **Extinción de la relación.**

El Cco establece que los poderes conferidos se estiman subsistentes hasta que no conste expresamente la revocación o extinción, incluso el código dice que ni siquiera la muerte del principal extingue el poder del factor.

Los efectos de la revocación con relación al factor se producen a partir del momento en que se le notifica. Con

respecto a los 3º, la revocación no va a tener efectos hasta que se inscriba en el RM y se publique en el BORM.

TEMA 10: EL REGISTRO MERCANTIL.

• Evolución del registro mercantil.

El origen lejano del RM está en la matrícula de los gremios y corporaciones de comerciantes de la edad media, en el momento en el que la inscripción deja de hacerse con fines sólo internos, en el momento que se orienta al exterior para el conocimiento de terceros. A través de la matrícula de comerciante y sociedades se trataba de acabar con las inseguridades presentadas en el tráfico. Estas inseguridades derivaban de la posibilidad de que el comerciante utilizase en su negocio un nombre comercial distinto del mercantil, y también de la insuficiente información que la firma social aportaba respecto de las personas que integraban una sociedad.

En la evolución del RM destacar dos direcciones:

- Una dirección horizontal, en la que el RM deja de ser una simple lista de comerciantes conteniendo importantes documentos para el tráfico.
- En la dirección vertical se profundiza en las consecuencias jurídicas de la inscripción. El RM deja de ser un casillero administrativo meramente informativo y se convierte en un órgano jurídico de publicidad materia. Sus asientos se van a poder oponer a terceras personas como si los conocieran.

• Derecho Español. Cuestiones generales.

El régimen español de RM está en arts 16 24 Cco y en el Reglamento del RM de 1996. El RM es una institución administrativa que se ocupa de la publicidad oficial de las situaciones jurídicas de los empresarios que se inscriben en él. La función principal es por tanto la publicidad.

Así pues, el **concepto** de RM sería la institución administrativa en la que se inscriben los empresarios individuales, sociedades mercantiles y otras entidades, así como también aquellas situaciones jurídicas que hacen referencia a los sujetos inscritos y que se establezcan legalmente o reglamentariamente.

La función esencial es ser instrumento de publicidad de determinadas situaciones jurídicas sobre los empresarios desde que éstos adquieren tal condición hasta el momento en el que la pierden.

• Registro Mercantil como registro de personas: la publicidad como obligación del empresario. Otros sujetos inscribibles.

Con la reforma del 89 en cuanto al RM, éste vio modificada su naturaleza. A partir de aquí, deja de ser un registro de carácter mixto, en el cual se podían inscribir personas y cosas, pudiéndose inscribir sólo personas.

En el se inscribirán sujetos mercantiles y otros sujetos que la ley designe. Los buques y aeronaves que antes se inscribían, pasan al nuevo registro de la propiedad mobiliaria.

El RM tiene por objeto dos cosas:

- Primero, inscribir a los empresarios y demás sujetos o entidades establecidas por ley.
- Segundo, inscribir toda una serie de actos, circunstancias, manifestaciones y contratos establecidos legalmente en la Ley del Registro Mercantil o reglamentariamente sobre estos sujetos inscribibles.

El artículo 16 Cco y 81 RRM, nos dice qué sujetos deben inscribirse en el RM. En el RM se van a inscribir:

- Empresarios: personas físicas o jurídicas.
- Sujetos no personificados: fondos de inversión o de pensiones.
- Sucursales de los sujetos que hemos visto.

En cuanto a la obligatoriedad de la inscripción, el Cco de 1829 seguía un sistema de inscripción obligatoria de los comerciantes. Ello era lógico porque éste código refleja una situación corporativa más propia del pasado que de la codificación. Por ello este código obligaba a todos los comerciantes a que se inscribiesen en el libro de matrícula.

Actualmente, sólo estarán obligados los empresarios y sujetos que establece el artículo 16 Cco y 81 RRM. El principio de obligatoriedad de inscripción lo encontramos en el artículo 19 Cco y 4 RRM.

En cuanto a los empresarios persona física, su inscripción es potestativa, salvo en el caso del naviero, que es obligatoria. Aquel empresario individual que no se inscriba en el RM no va a poder solicitar la inscripción de ningún documento en éste registro y tampoco se va a poder aprovechar de los efectos de la publicidad legal. Lo que sí va a poder es legalizar sus libros.

El empresario que sí está obligado a inscribirse es el naviero, y el modo de obligarle es muy sencillo. El legislador ha establecido que aquel naviero que no se inscriba en el registro no se va a poder acoger, en los casos previstos en la ley, a los sistemas de limitación de la responsabilidad que la ley prevé para el empresario de la navegación. En conclusión, el naviero que no esté inscrito va a responder con todo su patrimonio de las obligaciones que hubiere contraído.

En los demás supuestos de inscripciones obligatorias, (personas jurídicas), se va a tratar de forzar su inscripción estableciendo que sin esa inscripción no van a entrar en juego los efectos de la publicidad legal. Ello tiene importancia cuando el sujeto obligado a inscribirse persigue la limitación de su responsabilidad.

Si la sociedad obligada a inscribirse no deposita sus cuentas anuales, a partir de ese momento no se va a poder inscribir ningún documento referido a esa sociedad. Sólo se podrá hacer cuando cumpla con el depósito, además de sancionar a la sociedad incumplidora.

• **Organización, funciones y objeto del Registro Mercantil.**

La organización del RM se estructura en torno a dos piezas autónomas, los registros mercantiles territoriales y el registro mercantil central. Todos los registros dependen del Ministerio de Justicia y más concretamente de la Dirección General de Registros y del Notariado.

• **Registros Mercantiles Territoriales.**

Se llevan, por lo general, en las capitales de provincia españolas, aunque hay excepciones que se señalan en el art 16.

Estos registros tienen como función fundamental y exclusivamente suya la de practicar las inscripciones de los sujetos inscribibles y de sus actos y circunstancias posteriores. Para llevar a cabo esto, a cada sujeto inscrito se le va a abrir una hoja personal en el libro de inscripciones. Además de esta función, desempeñan otras tres funciones relevantes:

- Legalización de los libros de los empresarios.

- Se encargan del nombramiento de expertos y auditores de cuentas.
- Se encargan del depósito de los documentos contables de las sociedades de capital y de los grupos de sociedades.

El RM territorial competente para desarrollar todas estas funciones, será el del domicilio del sujeto inscrito o inscribible. Los RM territoriales van a llevar una serie de libros, enumerados en el art 23 RRM.

Los registradores que tengan a su cargo un RM central, son los únicos que pueden expedir certificación de los asientos de ese RM y de los documentos archivados o depositados en él. Las certificaciones constituyen el único medio de acreditar fehacientemente el contenido de los asientos del registro.

• **Registro Mercantil Central.**

Es único y se encuentra en Madrid. No va a realizar inscripciones de empresarios u otras entidades ni de sus circunstancias posteriores. Lo que hace es centralizar toda la información registral que le envían los RM territoriales sobre las inscripciones que éstos realizan. Esto facilita mucho la búsqueda de información cuando no conocemos de domicilio de los sujetos inscribibles o inscritos.

Los RM territoriales deben enviar al RM central los datos que corresponda en los 3 días hábiles siguientes a aquel en el que se haya hecho la inscripción.

Los registradores del RM central no pueden expedir certificación del contenido de éste registro, sólo notas informativas de contenido limitado sobre los empresarios o entidades inscritos.

El artículo 379 del RRM dice cuales son las demás funciones del Registro Mercantil Central:

- Lleva una sección dedicada a las denominaciones de sociedades y entidades inscritas. Se pretende evitar que se inscriban sociedades con denominaciones idénticas o prohibidas por la ley. El registrador recibirá las solicitudes de las entidades que se constituyan o quieran cambiar de nombre. Después, extiende una certificación en la que dice si esa denominación está registrada ya o no. Es el único supuesto en el que el registrador mercantil central puede expedir certificaciones.
- El RM central puede expedir notas informativas sobre los datos que posea, nunca certificará salvo el supuesto de las denominaciones. Cualquier persona podrá solicitar datos al RM central sobre cualquier persona o entidad. El RM central en 24 h. expide una nota en la que constará 3 tipos de datos:
 - Los datos solicitados.
 - El RM territorial en el que el sujeto está inscrito.
 - El BORM en el que esos datos se hayan publicado.
- El RM central se va a encargar de la publicación del BORM. A través de éste boletín, se persigue que las personas que están interesadas puedan conocer más fácilmente el contenido del RM. La ley y el reglamento, exigen que determinados datos se publiquen en el BORM. Además, en éste boletín se van a publicar un conjunto de avisos y anuncios legales. Para que ello sea sí, el BORM, se divide en dos secciones:
 - La primera se denomina empresarios: dedicada a éstos, se va a dar cuenta de los actos inscritos en el registro y de otros actos publicados en los registros territoriales.
 - La segunda sección, se dedica a anuncios y avisos legales de actos que no se inscriben en el RM per que la ley exige que se publiquen en ese boletín.

- Se encarga de la llevanza de un registro relativo a las entidades que hayan trasladado su domicilio al extranjero sin perder la nacionalidad española.

En conclusión, el RM central, a diferencia de los territoriales, no va a practicar directamente inscripciones de empresarios o entidades ni de sus actos posteriores. El RM central es esencialmente informativo, centralizador de la información, recoge, centraliza y publica los datos esenciales de los asientos que se practican en los RM territoriales.

- Objeto de la inscripción.

Durante años había debate sobre si los hechos que se inscribían en el RM consistían un *numerus clausus* o *apertus*. Además, en el caso de que constituyeran *numerus clausus*, la doctrina se preguntaba por las consecuencias de la inscripción de determinados hechos en contra de las prescripciones legales.

El problema consistía en determinar si el empresario podía inscribir en el RM todos los datos que quisiera hacer públicos, o por el contrario, si sólo podía inscribir los hechos que le legislador ha considerado inscribibles a través de las distintas disposiciones normativas. En los ordenamientos jurídicos europeos, tienen tendencia hacia el *numerus clausus*.

En el derecho español, ni el Cco de 1885 ni el Reglamento del Registro de 1919, se referían a esta cuestión. Pero a pesar de ello, el TS, mantenía que los efectos derivados de la inscripción registral, solo se van a producir respecto a aquellos documentos que el código decía que eran inscribibles. Esta postura, se mantuvo también en el Reglamento de 1956. En este caso, ya se contaba con el artículo 1 de dicho reglamento, en el que se consagraba en principio de *numerus clausus*. La doctrina española ha trabajado siempre sobre la base de una lista de hechos inscribibles y ha defendido siempre que en nuestro rige el principio de *numerus clausus*. Además, esta tendencia ha sido ratificada por la Dirección General de Registros y del Notariado, excluyendo la utilización del registro como instrumento de publicidad noticia.

Otra cosa distinta es, que a partir de la adaptación de nuestro derecho a las exigencias de la UE, exista en nuestro sistema registral un supuesto que podemos denominar de publicidad – noticia, se trata del depósito de las cuentas anuales de las sociedades de capital y grupos de sociedades. Esta función la cumple el registro porque la ley expresamente la prevé, no porque el RM esté diseñado para cumplir ese tipo de funciones.

En nuestro ordenamiento rige el principio de *numerus clausus* y ello es evidente a partir del determinados preceptos.

Resulta chocante, que en el régimen específico que regula la inscripción de los diferentes tipos societarios, se emplee un sistema de lista de las circunstancias que deban constar en la inscripción, y que luego se permita la inscripción de toda clase de pactos lícitos y condiciones que los contratantes quisieran establecer.

En cualquier caso, la publicación en el BORM se limita a las menciones que especifican los arts 384 y ss del RRM, con lo cual, lo que es seguro, es que los efectos de la publicidad legal no se van a dar para aquello que no esté expresamente previsto.

- **Procedimiento de inscripción.**
- **Presentación de documentos.**

En nuestro sistema registral **rige el principio de rogación**, lo que significa que las inscripciones van a realizarse a petición del sujeto al que hace referencia la situación registral, aunque caben excepciones.

La inscripción debe realizarse al mes siguiente del otorgamiento de los documentos necesarios para la práctica de los asientos. Este plazo se reduce a 8 días para los acuerdos inscribibles de las sociedades.

Salvo casos excepcionales, previstos por ley, la inscripción se va a realizar siempre en virtud de documento público, es el **principio de titulación pública**. Solo van a tener acceso al RM aquellos documentos referidos a actos o contratos determinados por las leyes o reglamentos.

El RM es un registro de personas, y ello va a hacer que en la hoja personal del empresario aparezcan determinados hechos relevantes que el reglamento del registro denomina genéricamente circunstancias (fallecimiento del empresario).

Todos los asientos que hacen referencia a un mismo empresario están interrelacionados, a ésta circunstancia se refiere el legislador al establecer el **principio de tracto sucesivo**. Este principio establece la necesaria conexión entre las diferentes posiciones jurídicas inscritas de un mismo empresario, y también establece que es necesaria la inscripción principal para que pueda acceder al RM lo accesorio.

En principio, aquel que presente un documento inscribible en el RM, va a ser considerado como representante de la persona que tenga la facultad u obligación para solicitar la inscripción. Lo que se trata es de incentivar al máximo la inscripción de datos en el RM. Las circunstancias que deberán aparecer en la primera inscripción las encontramos en los arts 90, 92 y 87 del reglamento.

Los documentos inscribibles deberán ser presentados en el RM competente, en el RM territorial del domicilio del sujeto inscribible. En caso de necesidad o urgencia se puede presentar en el RM o Registro de la Propiedad del distrito en el que se hubiesen otorgado los documentos. Lógicamente, posteriormente, este registro enviará los datos al RM territorial competente para que practique el correspondiente asiento de presentación.

Cuando se presenta un documento en el RM, la persona que lo presenta va a recibir un recibo, en el que deberá figurar la clase de título que se ha presentado, el día y la hora de presentación. El registrador extiende el correspondiente asiento de presentación, la fecha y la hora de éste asiento. La fecha y hora del asiento de presentación es muy importante y fundamental, ya que en caso de que se llegue a la inscripción definitiva, se va a considerar como fecha de inscripción, la fecha del asiento de presentación. Es importante porque el documento que acceda 1º al RM va a tener preferencia sobre los que acceden después. En caso de que existan varias inscripciones con igual fecha, la prioridad se determinará en función de la hora del asiento de presentación. A todo esto se refiere el **principio de prioridad registral**.

• Calificación y práctica de los asientos.

Nuestro sistema registral se rige también por el **principio de legalidad**, que se desarrolla a través de la calificación de los registradores. Mediante ésta, se trata de garantizar la legalidad de lo inscrito. La calificación, es el examen que realiza el registrador sobre la validez externa e interna del título que se presenta.

El examen lo realiza el registrador antes de resolver sobre el ingreso del título en el RM, y es un examen que se hace a efectos sólo de admitir o no el acceso al registro del documento que se presenta.

El registrador va a calificar los documentos y la capacidad de los otorgantes del mismo, la ley dice de los otorgantes, no de los sujetos que solicitan la inscripción. En realidad lo que hace es un examen formal de si del hecho que se solicita su inscripción cumple los requisitos legales para acceder al RM.

El registrador deberá realizar la calificación e inscribir dentro de los 15 días siguientes al de la fecha del asiento de presentación. Si media causa justa, ese plazo será de 30 días. El registrador en la calificación, se deberá limitar a extender el asiento solicitado, a suspender la realización del mismo o a denegar la inscripción de dicho asiento. Si no aprecia ningún defecto, deberá proceder inmediatamente a extender el asiento solicitado. Si observa algún defecto, deberá, en la nota de calificación, poner de manifiesto de forma clara y concisa, los defectos observados en dicho título, pudiendo provocar que el registrador deje en suspenso la

inscripción hasta la subsanación de los defectos, o incluso que deniegue la misma por la insubsanabilidad de los defectos. La calificación debe ser global y unitaria, pero a pesar de ello, el reglamento consiente la inscripción parcial del título cuando los defectos afecten a una parte del mismo.

En el caso de que la calificación sea positiva, contra ella no cabe ningún recurso administrativo, y sólo podrá ser impugnada ante los tribunales.

Si es negativa, los interesados, el notario, y en algunos casos el fiscal podrán interponer contra ella recurso gubernativo. El plazo será de 2 meses a partir de la fecha de la nota de calificación.

Una vez realizada la calificación, y practicados los asientos por el registrador, los datos esenciales del asiento se comunican al RM central para ser publicados en el BORM.

Todas estas operaciones explican el **principio de legitimación**. Este principio viene a decir que se presume la exactitud y veracidad del registro, y se presume debido a la calificación previa a la inscripción que realiza el registrador.

Relacionado con el principio anterior, se encuentra el **principio de fe pública**. A través de éste principio se trata de dar al tercero una seguridad razonable de que las manifestaciones que aparecen en el RM son ciertas y reales. Con este principio se trata de proteger la apariencia que genera el RM por encima de la realidad, y ello sin excepciones.

- **Principio de publicidad formal.**

La función esencial del RM es ser un instrumento de publicidad de determinadas situaciones jurídicas que afectan a los empresarios o entidades inscritas. Cuando hablamos de publicidad formal, nos referimos a que el RM es público, lo que significa que cualquier persona puede acceder al contenido del RM, puede conocer todos los datos que le interesen. En la publicidad formal destacan dos aspectos:

- Primero, hace referencia a la publicación del contenido esencial de las inscripciones en el BORM.
- Segundo, hace referencia a la forma de acceso al contenido de las inscripciones.

En cuanto al acceso al contenido de las inscripciones, decir que hoy en día, los interesados ya no tienen acceso directo a los libros y archivos del registro. Esta posibilidad ha sido sustituida por la obtención de notas informativas y certificaciones por correspondencia. Así mismo, se puede consultar el contenido a través de terminales de ordenador instaladas en las oficinas registrales. La publicidad formal se hace efectiva a través de las certificaciones, notas informativas y de copias de los asientos y documentos archivados en el registro.

Por otro lado, los empresarios individuales, sociedades y las entidades sujetas a inscripción obligatoria, deberán hacer constar en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, su domicilio y los datos identificativos de su inscripción en el RM. Además, las sociedades mercantiles deberán hacer constar su forma jurídica. Si se encuentran en situación de liquidación, también deben hacer constancia y si hacen referencia a su capital, deberán especificar si ese capital al que se refieren es el suscrito o el desembolsado.

- **Principio de publicidad material.**

En virtud de esta publicidad, una vez que un hecho ha sido inscrito y publicado en el BORM, se presume conocido por todos los terceros, y a la inversa, la no inscripción de un hecho, libera al 3º de la obligación de conocerlo, y por tanto, le libera de las consecuencias derivadas de su ignorancia.

Aquel hecho no publicado ni inscrito, se va a equiparar frente a terceros a hecho inexistente. Por ello se habla de publicidad negativa del RM o efectos negativos de la publicidad. Por el contrario, todo hecho inscrito en el RM y publicado en BORM, puede ser opuesto frente a terceros como si éstos lo conocieran aunque en realidad lo ignoren. Por ello hablamos de publicidad positiva o efectos positivos de la publicidad.

- **Publicidad material negativa.**

La podemos resumir en que lo no inscrito en el RM es inoponible frente a terceros de buena fe. Los terceros van a poder considerar los hechos no inscritos como inexistentes. Esta publicidad negativa tiene su fundamento en el artículo 21 Cco, interpretado en sentido contrario. La publicidad negativa parte de 3 supuestos:

- Debe tratarse de hechos de inscripción obligatoria.
- Debe tratarse de terceros de buena fe.
- Se exige la preexistencia de una situación conocida con la que el tercero podía contar que el hecho inscribible y no inscrito pretenda modificar.

Por ejemplo: si un empresario nombra a un apoderado para que contrate en su nombre y por su cuenta, e inscribe esto en el RM, y posteriormente pretende revocarlo, si la revocación no se inscribe en el RM, los terceros podrán seguir contratando con el apoderado y exigir luego el cumplimiento del contrato al empresario, considerando como inexistente la revocación del poder mientras no se inscriba en el registro.

Otro ejemplo: una sociedad colectiva en la que uno de los socios ha incumplido alguna de las obligaciones estipuladas en el contrato de sociedad. Fruto de ello, se pretende excluir al socio incumplidor, rescindir parcialmente el contrato de sociedad respecto de dicho socio. Si la rescisión parcial del contrato no se inscribe en el RM, a efectos de terceros perdurará la situación anterior, como si no hubiese tenido lugar esa rescisión parcial. Por tanto, a efectos de 3º, persiste la responsabilidad del socio excluido por todos los actos y contratos que se realicen por cuenta de la sociedad con 3º.

- **Publicidad material positiva.**

Después de la reforma del 89, el principio de publicidad material positiva a pasado a llamarse **principio de oponibilidad**.

Viene a decir que los actos de inscripción obligatoria, una vez inscritos en el RM y publicados en el BORM, son oponibles incluso frente a terceros de buena fe. Lo inscrito y publicado, en definitiva, se presume conocido por todos, no pudiendo alegar su desconocimiento por los terceros.

Este principio ha de ser matizado en los siguientes puntos:

- Los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles frente a terceros desde su publicación en el BORM, por tanto, la publicidad registral va a producir plenos efectos desde la publicación de la inscripción.
- Cuando se trate de operaciones realizadas dentro de los 15 días siguientes a la publicación, los actos inscritos y publicados no serán oponibles frente a terceros que prueben que no pudieron conocerlos. Con esta medida, se trata de resolver, aunque sólo sea durante esos 15 días, la injusticia que supone presumir que lo publicado en el BORM es conocido por terceros en aquellos casos en los que ha sido imposible conocer al tercero. Después de los 15 días, va a ser absolutamente irrelevante si el tercero ha podido o no conocer lo inscrito y publicado, en todo caso será oponible.

- En el caso de que el contenido de la publicación y el de la inscripción, no coincida, los terceros de buena fe, podrán invocar el contenido de la publicación si les fuera más favorable. Aquellos que han provocado la discordancia entre lo publicado y lo inscrito, deberán resarcir el daño causado al perjudicado.
- La buena fe de los terceros se presume mientras que no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre inscripción y publicación.

Con la nueva regulación, el legislador trata de proteger al máximo al tercero de buena fe. De hecho, la oponibilidad frente a los terceros de los actos inscritos ya no van a arrancar desde la inscripción, sino desde el momento de la publicación en el BORM.

Así, se va a alargar el periodo de tiempo en el que los actos que están sujetos a inscripción son oponibles.

• **Significación de la inscripción respecto al hecho inscrito.**

Ahora nos preguntamos por los efectos que produce la inscripción respecto del hecho mismo que ha sido inscrito. la eficacia de la inscripción respecto de un hecho inscrito puede ser declarativa o constitutiva.

Normalmente tiene **eficacia declarativa**, lo que significa que, en principio, no va a constituir un presupuesto para la eficacia jurídica de los hechos inscribibles. La situación jurídica que recoge el RM se va a perfeccionar con independencia de que se inscriba o no en el RM. El registro se limitaría a dar constancia de un acto o contrato que se ha realizado en tráfico.

En otros casos, tiene **eficacia constitutiva**, es decir, que sin la inscripción los hechos inscribibles no van a ser jurídicamente eficaces. En estos casos, la inscripción va a constituir un presupuesto legal para que el acto sujeto a inscripción despliegue sus efectos jurídicos. En estos casos la inscripción sirve para perfeccionar una determinada situación jurídica. El RM no se limita aquí a recoger un acto o contrato que ha nacido independientemente de él, la inscripción es un requisito de forma esencial para que la situación jurídica se pueda perfeccionar. Un ejemplo de lo anterior sería la inscripción en el RM de sociedades de capital, SA, y sociedades de responsabilidad limitada. Estas sociedades solo van a quedar constituidas con plena personalidad jurídica con su inscripción en el registro. Por ello se dice que la inscripción es constitutiva. Mientras no se inscriban no existen estas sociedades ni van a tener personalidad jurídica, nos encontraríamos ante sociedades irregulares que quedarán sometidas a un régimen jurídico especial.

• **Otras funciones del Registro Mercantil.**

La función básica del RM es la de ser instrumento de publicidad de determinadas situaciones jurídicas de los empresarios y entidades inscribibles. Con la reforma del 89, el RM va a dejar de tener exclusivamente la función de inscribir determinados datos y pasa a asumir otras funciones. Estas funciones eran típicas de la judicatura, pero han pasado ahora a los registradores mercantiles al objeto de aliviar un poco los juzgados. Estas funciones son:

- Se encarga de legalizar los libros de los empresarios.
- Del nombramiento de expertos independientes encargados de la valoración de las aportaciones no dinerarias en las SA o comanditarias por acciones. También nombra expertos para fusiones y excisiones de sociedades.
- Se encarga del depósito y publicidad de las cuentas anuales y documentación complementaria de las sociedades de capital y grupos de sociedades. Estas cuentas se deben depositar en el RM territorial del domicilio de la sociedad dentro del mes siguiente al de su aprobación, y el registro deberá conservar esta documentación por un plazo de al menos 6 años, a contar desde el momento en el que se publicó en el

BORM el anuncio de depósito.

FIN TEMA 10.

TEMA 11: PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA.

- Evolución y derecho comparado.
- Derecho español.
- Prácticas prohibidas:
- Prácticas colusorias.
- Abuso de la posición de dominante.
- Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.
- Prácticas autorizadas.
- Control de concentraciones económicas.
- Ayudas públicas.
- Acciones y sanciones.
- Órganos y procedimiento.

• Derecho español.

Uno de los aspectos de la disciplina de la competencia, es el de la represión de los acuerdos y prácticas restrictivas. La ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) se encarga de esta función. Se engarza esta ley dentro de uno de los principios básicos de nuestra constitución económica, ya que el art. 38 CE reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, y protege su ejercicio.

Así, dicha ley tiene como finalidad específica el garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo además, compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado.

• Acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas.

- Conductas prohibidas.

El art 1 LDC prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional. Es decir, la ley trata de eliminar cualquier acuerdo de voluntades entre empresas que tenga por finalidad limitar o impedir cualquier forma de competencia.

El art. 1 señala las posibles conductas restrictivas, de forma no limitativa. Se prohibirán aquellas conductas que consistan en (prácticas colusorias):

- La fijación de forma directa o indirecta de precios.
- La limitación o control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

- El reparto del mercado de las fuentes de aprovisionamiento.
- La aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja.
- La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de las prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de tales contratos.

El art. 2.1º establece la nulidad de pleno derecho de los acuerdos, decisiones y recomendaciones prohibidas en esta ley, que no estén amparados en alguna de las excepciones legales.

- Abuso de posición dominante.

La ley prohíbe también la explotación abusiva, por una o varias empresas, de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional (art 6LDC). Mediante esta prohibición, se introduce dentro de las normas protectoras de la competencia un medio de control de la concentración de empresas, así como de la actuación de la empresa o grupo de empresas que hayan alcanzado una posición de dominio en el mercado.

Señalar que al abuso podrá consistir en:

- La imposición, de forma directa o indirecta, de precios y otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.
- La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o los consumidores.
- La aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situaciones desventajosa.
- La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación alguna con el objeto del contrato.
- Falseamiento de la competencia por actos desleales.

El art 7 de la LDC confiere al tribunal de defensa de la competencia capacidad para conocer aquellos actos de competencia desleal que, por falsear de manera sensible la libre competencia, afectan al interés público. Poniendo en relación la LDC y la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, vemos que no todos los actos de competencia desleal caen bajo jurisdicción del tribunal de la competencia, ya que para ello es necesario que se den ciertos requisitos:

- Que exista un comportamiento que efectivamente pueda tipificarse como de competencia desleal.
- Que dicho comportamiento afecte al interés público.
- Que tal comportamiento afecte de modo grave a los mecanismos que regulan el funcionamiento del mercado.
- **Acuerdos y prácticas autorizadas.**

La ley española ha seguido el criterio de considerar que ciertos acuerdos y prácticas prohibidos en principio por aplicación del art 1, pueden ser autorizados. Con ese fin, la ley establece la distinción entre las conductas autorizadas por una ley y las conductas que pueden ser autorizadas por el tribunal de defensa de la competencia.

Así, en el art 2 se contemplan aquellas conductas que, a pesar de estar prohibidas por el art 1, pueden ser autorizadas por una ley o por disposiciones reglamentarias.

Los arts 3 a 5 contemplan las autorizaciones individuales. Para que estas autorizaciones se den, es necesario que el acuerdo o decisión, aun siendo restrictivo, contribuya a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico, siempre que:

- Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas.
- No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos.
- No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto a una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

El tribunal de la defensa de la competencia es el organismo competente para otorgar las autorizaciones singulares. La autorización singular, que se concede por tiempo determinado y que puede ser renovada si persisten las circunstancias que las motivaron, podrá ser revocada.

Las autorizaciones podrán concederse no solo de forma individual, sino por categorías o clases de acuerdos o prácticas.

• **Control previo de las concentraciones económicas. Las ayudas públicas.**

Según el art 14 LDC, todo proyecto u operación de concentración de empresas o de toda o de control de una o varias empresas, siempre que afecte o pueda afectar al mercado español y especialmente crear una posición de dominio, podrá ser sometido por el Ministerio de Economía y Hacienda al tribunal de defensa de la competencia para su informe, siempre que concurran las condiciones previstas en la ley.

También prevé, al propio tiempo, la notificación voluntaria por parte de una o varias empresas partícipes de todo proyecto u operación de concentración de empresas. La notificación se hará al Servicio de defensa de la competencia. Se supone que la admon no se opone a la operación si transcurrido un mes el tribunal no hubiera emitido el informe previsto. Partiendo del dictamen emitido por el tribunal, **el Gobierno** podrá decidir entre:

- No oponerse a la operación de concentración.
- Subordinar su aprobación a la observancia de determinadas condiciones que compensen los efectos restrictivos sobre la competencia.
- Declararla improcedente. De no cumplirse lo establecido, el Gobierno podrá imponer a cada empresa afectada una multa de hasta el 10% de su respectivo volumen de ventas en España.

También se regulan por 1ª vez las ayudas públicas. El tribunal de defensa de la competencia podrá examinar las ayudas otorgadas a las empresas con cargo a recursos públicos, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia. Esto viene recogido en el art 19 LDC.

• **Organos y procedimientos.**

La existencia de un interés público en la defensa de la libre competencia ha hecho preciso que la ley establezca una serie de órganos encargados de vigilar su aplicación:

- El más importante, ya citado, el tribunal de defensa de la competencia. Es un órgano jurisdiccional de naturaleza especial, pues sus resoluciones definitivas son recurrible en vía contencioso – administrativa.
- El Servicio de defensa de la competencia es un órgano administrativo, al que se le encomienda una labor de vigilancia, investigación e inspección en este campo, y cuyas funciones más importantes son la instrucción de los expedientes, la vigilancia de la ejecución y cumplimiento de las resoluciones del tribunal etc.
- Existe también el Registro de defensa de la competencia, que es público y en el que se inscribirán los acuerdos, decisiones y recomendaciones y prácticas que el tribunal haya autorizado, así como otros documentos. La publicidad de este registro se hace efectiva por medio de las consultas al mismo o por las certificaciones que éste expida.

En cuanto al procedimiento, se distingue entre iniciación e instrucción del procedimiento, que corresponde al servicio de defensa de la competencia, y la resolución del expediente que corresponde al tribunal de defensa

de la competencia. Una vez iniciado el expediente, el servicio podrá proponer al tribunal de la competencia las medidas cautelares necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que se dicte.

- **Acciones y sanciones.**

La infracción de la LDC trae las siguientes consecuencias:

- El tribunal podrá imponer a las empresas, asociaciones, agrupaciones empresariales o agentes económicos, multas de hasta 150.000.000 de ptas.
- Los representantes legales o las personas que integran los órganos directivos de las empresas podrán ser sancionados con multas de hasta 5.000.000 de ptas.
- Junto a estas sanciones y multas, el tribunal puede imponer multas coercitivas de forma periódica, por lapsos de tiempo.
- Este régimen sancionador se completa con la acción de resarcimiento de daños y perjuicios fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por la ley.

Destacar que las infracciones prescriben a los 5 años a contar desde el día que se cometió la infracción.

TEMA 14: EL NOMBRE COMERCIAL O FIRMA.

- **El nombre comercial o firma.**
- Evolución y derecho comparado.
- Derecho español.
- Los diversos aspectos conceptuales y sus consecuencias.
- Protección.
- Transmisión.
- Extinción.

TEMA 14: NOMBRE COMERCIAL.

- **Noción y función.**

Nombre comercial o firma es la denominación que utiliza el empresario en el ejercicio de su empresa. En la Ley de marcas se define como: el signo o denominación que sirve para identificar a una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad empresarial y que distingue su actividad de las actividades idénticas o similares.

La regulación de las firmas surge históricamente con relación a las denominaciones de las sociedades mercantiles que solían recoger los nombres de los socios. Posteriormente aparecen sociedades en cuyas firmas no se hace referencia a quienes son los socios, sino que se orientan hacia una denominación objetiva.

La conservación del nombre interesa al empresario porque en torno a él se han creado unas relaciones de hecho, (una clientela, un prestigio ante los proveedores etc), que quiere mantener.

La doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado ha afirmado que toda persona jurídica tiene derecho a la propia individualidad y por ello su denominación, como signo diferenciador, ha de estar basada en los principios de:

- Novedad: la no utilización de un nombre ya registrado.
- Veracidad: que la expresión no contenga expresiones que induzcan a error a terceros.

- **Libertad de nombre.**

La nueva regulación rompe con la exigencia anterior de que el nombre del empresario y el nombre comercial debían de coincidir. Así, la Ley de Marcas enumera de forma enunciativa y no limitativa las siguientes posibilidades:

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

- **Registro del nombre.**

El registro del nombre comercial en la oficina de patentes y marcas es potestativo. Pero si se opta por el registro del nombre comercial deberá presentarse una solicitud ante dicha oficina y someterse al procedimiento previsto en la ley.

El registro de un nombre confiere a su titular un derecho exclusivo, de contenido y alcance similar al de las marcas. Cuando se quiere utilizar la denominación del nombre comercial como marca de producto o de servicio, deberá precederse a estos registros separadamente.

- **Régimen.**

El régimen legal aplicable a los nombres comerciales es el previsto con carácter general para las marcas. La ley establece una serie de requisitos o medidas tendentes a diferencia ambos signos. Entre estos requisitos destacan los siguientes:

- La necesidad de que la solicitud del nombre comercial vaya acompañada de la licencia fiscal.
- La exigencia de que si el nombre comercial quiere utilizarse como marca deberán efectuarse registros distintos.
- La limitación, en cuanto a la transmisión del nombre comercial, que solo podrá ser cedido con la totalidad de la empresa.

Por lo que concierne al nombre comercial de un súbdito unionista extranjero, la LM recoge el principio general de que su nombre comercial será protegido en las condiciones establecidas en el art 8 del Acta vigente en España del Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial de 20 de marzo de 1883.

TEMA 15: RÓTULOS Y MARCAS.

- **EL RÓTULO.**

- Concepto, requisitos y conformación

- Protección del derecho.
- Transmisibilidad.
- Extinción

• **LAS MARCAS.**

- Evolución.
- Función económica.
- Concepto y clases.
- Condiciones de validez.
- Adquisición y protección del derecho.
- Planteamiento.
- Derecho comparado.
- Derecho español.
- Transmisión.
- Extinción.
- Denominaciones de procedencia.

• **LOS RÓTULOS.**

• **Noción y caracteres.**

Se entiende por rótulo de establecimiento el signo o denominación que sirve para dar a conocer al público un establecimiento y para distinguirlo de otros destinados a actividades idénticas o similares. Identifica el local físico en donde se desarrollan las actividades empresariales. Según el art. 82 de LM (Ley de Marcas), podrán especialmente constituir rótulos de establecimientos:

- Los nombres patronímicos, las razones sociales y las denominaciones de las personas jurídicas.
- Las denominaciones de fantasía.
- Las denominaciones alusivas a la actividad del establecimiento.
- Los anagramas y cualquier combinación de los signos con carácter enunciativo.

Tan solo destacar que la utilización de un mismo rótulo como rótulo y como nombre o marca necesitará de registros separados.

• **Régimen.**

El riesgo de confusión entre una marca y un rótulo de establecimiento solo puede producirse cuando exista identidad entre los signos y los productos, servicios y actividades, que individualizan.

El art 86 LM se refiere al riesgo de confusión entre una marca ya inscrita y una solicitud de rótulo de establecimiento. De conformidad con esta norma, no podrá registrarse como rótulo de establecimiento un signo que no se distinga suficientemente de una marca o de un nombre comercial anterior o de otro rótulo registrado para el mismo término municipal.

Por lo tanto, los rótulos de establecimiento, a diferencia de las marcas y de los nombres comerciales, que tienen un ámbito territorial que se extiende a todo el estado, solo se protegerán en el término o términos municipales que se hicieron constar en la solicitud de registro.

El procedimiento registral coincide esencialmente con el regulado en los artículos 15 a 29 LM. Precisamente, la naturaleza del rótulo y su alcance municipal justifica que en la ley se requiera que al solicitarse el registro de un rótulo se exprese el municipio en que radique el establecimiento y las sucursales para las que se solicite, así como las actividades a que se destine. Y cuando el empresario amplíe su actividad, y abra nuevos locales o sucursales en otros términos municipales, se deberá formular una nueva petición entendiéndose que constituye un nuevo registro y la prioridad arrancará desde la fecha la petición.

Toda solicitud de registro de un rótulo regularmente presentada da lugar al nacimiento de un derecho de prioridad en el día, hora, minuto en que ha sido presentada. Pro último decir que la solicitud del registro de un rótulo será publicada en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial.

- **LAS MARCAS.**

- **Concepto y clases de marcas.**

Las marcas son los signos distintivos de las mercaderías y de los servicios. Individualizan los productos y los servicios indicando a los consumidores su procedencia empresarial, informándoles, al menos de forma indirecta, sobre sus características y calidad, desempeñando una valiosa función publicitaria.

Se entiende por marca todo signo o medio que sirve para distinguir en el mercado los productos o servicios de una persona, de los productos o servicios idénticos o similares de otra persona. El signo o medio que se adopte como marca puede ser:

- Denominativo: una palabra o combinaciones de palabras.
- Gráfico o emblemático: imágenes, figuras, símbolos y gráficos.
- Mixto: combinación de signos denominativos y gráficos.
- Tridimensionales: los envases.

La jurisprudencia ha puesto de manifiesto que se ha de situar, en primer lugar, la protección del consumidor norma, tratándole de evitar confusión en el momento de elegir el producto. Ocupando un segundo plano, también digno de amparo legal, la salvaguardia del derecho del titular inscrito impidiendo una competencia desleal (a virtud de la cual el tercero pueda aprovecharse del prestigio adquirido por otra marca).

La LM reconoce varias clases de marcas:

- Marca de producto y marca de servicio: según individualicen productos o servicios. Se conocen también como marcas tradicionales o principales.
- Marca derivada: es la que se solicita por el titular de otra marca anteriormente registrada para idénticos productos o servicios, en las que figure el mismo distintivo principal, con variaciones no sustanciales del mismo.
- Marca colectiva: sirve para diferenciar en el mercado los productos o servicios de una asociación.

- Marca de garantía: certifica las características comunes, en particular la calidad, los componentes y el origen de los productos o servicios.
- Marca notoria: es aquella que, aun cuando no este registrada, es notoriamente conocida en España por los sectores interesados. El usuario de esta marca podrá solicitar de los tribunales la anulación de una marca registrada para productos idénticos o similares que pueda crear confusión con la marca notoria.
- **Condiciones de validez de la marca.**

No todo signo que tenga fuerza distintiva podrá ser válidamente inscrito en dicho registro. Para que esta inscripción sea posible es preciso que el signo no se encuentre comprendido en alguna de las prohibiciones establecidas en la LM.

- Prohibiciones absolutas.
 - Los nombres habituales o genéricos de los productos o servicios que pretenda distinguir.
 - Los signos que describan o designen la naturaleza, calidad o cualquier otra característica de los productos o servicios.
 - Los signos contrarios a la ley, orden público o a las buenas costumbres.
 - Los signos engañosos.
 - El color por sí sólo.
 - Los que reproduzcan o imiten la denominación, el escudo, la bandera, las condecoraciones y otros emblemas de estados o CCAA...
 - Los que reproduzcan o imiten los signos o punzones oficiales de contraste o garantía españoles o extranjeros.
- Prohibiciones relativas.

Son aquellos signos que pueden confundirse con otros ya registrados, o que puedan implicar un aprovechamiento indebido de nombre o reputaciones.

- Signos idénticos o semejantes a otros ya inscritos.
- El nombre, imagen o retrato, o cualquier otro elemento de identificación que no sean los del solicitante.
- Los signos o medios que supongan un aprovechamiento indebido de la reputación de otros signos o medios ya registrados.
- **Derecho sobre la marca.**
- Nacimiento del derecho sobre la marca.

El derecho surge de la inscripción en la Oficina de Patentes y Marcas, con lo que la inscripción registral tiene efectos constitutivos y no meramente declarativos. El registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo de utilizarla en el tráfico económico. La ley reconoce protección a las marcas notorias, simplemente usadas y no inscritas en la oficina de patentes y marcas, cuyos titulares podrán reclamar ante los tribunales la anulación de una marca registrada.

- Contenido del derecho sobre la marca.

El derecho de exclusiva que otorga la marca, cuya protección se extiende a todo el territorio español, se descompone en una pluralidad de facultades a favor del titular de la marca. Así le permite a su titular:

- Usar la marca en exclusiva en el tráfico mercantil para sus productos y servicios en su correspondencia y documentación comercial y en la publicidad.
- Impedir que un tercero no autorizado use una marca.
- Oponerse a que se inscriba en la oficina de patentes y marcas un signo que sea confundible con el que ha registrado previamente como marca.
- Solicitar ante los tribunales la nulidad de otras marcas inscritas en dicha oficina con posterioridad a la suya.
- **Duración del derecho sobre la marca.**

La duración del derecho sobre la marca será de diez años contados desde la fecha del depósito de la solicitud y podrá renovarse indefinidamente por períodos ulteriores de diez años.

Para conservar el derecho de exclusiva sobre la marca su titular debe cumplir tres obligaciones:

- Pagar una cuota quinquenal.
- Renovar la marca cada 10 años.
- Usar la marca en el mercado.

El titular de la marca registrada deberá usarla en España de manera efectiva y real. Si no la utiliza en el plazo de 5 años la marca quedará incurso en una de las causas de caducidad.

- **Acciones de defensa del derecho sobre la marca.**

En materia penal, el titular de la marca podrá ejercer las acciones penales por falsificación y también las referentes a la infracción de los derechos de propiedad industrial.

En materia civil, el titular del derecho sobre la marca que vea lesionado su derecho podrá pedir:

- La cesación de los actos que violen su derecho.
- La indemnización de los daños y perjuicios sufridos.
- La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación.
- La publicación de la sentencia a costa del condenado mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas.

La indemnización de los daños y perjuicios comprenderá tanto el daño emergente como el lucro cesante. Las acciones civiles derivadas de la violación del derecho de marca prescriben a los 5 años.

- **Transmisión, cesión y licencia de marca.**

El derecho sobre la marca como bien inmaterial puede ser objeto de derechos reales y es transmisible. Tanto la marca como el registro de marca son bienes indivisibles.

Interés práctico ofrece la cesión del uso. Por el contrato de licencia el titular de la marca (licenciante) autoriza

a un tercero (licenciataria) a usar la marca a cambio de la regalía (precio) pactada. Mientras que la transmisión de la marca supone la plena transmisión de la titularidad del derecho sobre la marca.

La licencia es una simple autorización de uso del titular de la marca a un tercero. Licencia que puede ser de distintas clases:

- Para la totalidad o para una parte de los productos o servicios para los cuales la marca esté registrada.
- Para la totalidad o una parte del territorio español.
- Exclusiva, de forma que sólo el licenciataria podrá usar la marca, o no exclusiva.

- **Denominaciones geográficas.**

Por indicación de procedencia se entiende la designación de un punto geográfico como lugar de fabricación, elaboración o extracción del producto. El uso de las indicaciones de procedencia en el tráfico económico ha de ajustarse al principio de veracidad. El empleo de falsas indicaciones de procedencia constituye un delito.

Por denominación de origen se entiende el nombre geográfico de la región, comarca, lugar o localidad empleado para designar un producto en la zona que tenga cualidades o caracteres diferenciales debidas principalmente al medio natural y a su elaboración o crianza.

El fundamento de la protección de estas denominaciones es velar por los intereses de los empresarios de la zona designada por la denominación, y sólo en segundo término, la defensa de los consumidores. Por este motivo, y a diferencia de las indicaciones de procedencia, no es posible eludir la normativa del Estatuto de la denominación de origen utilizando vocablos deslocalizadores. Sólo podrán usar este signo distintivo los empresarios asentados en la zona respectiva y cuyos productos reúnan las características que reglamentariamente se establezcan. Para la protección internacional de las denominaciones de origen se han suscrito por España diversos tratados bilaterales en los últimos años.

FIN TEMA 15.

TEMA 16: INVENCION INDUSTRIAL Y PATENTES.

- **Invencciones industriales.**
- **Patentes.**
- Fuentes.
- Concepto y clases.
- Requisitos de patentabilidad.
- Concesión de la patente. Contenido, efectos y protección del derecho.
- La transmisión.
 - Licencias de explotación.
 - Transferencia de tecnología extranjera.
 - Licencias obligatorias.
- Adiciones.
- La invención en la empresa.
- Extinción.
- **Particularidades de la protección de los semiconductores.**
- **Modelos de utilidad.**

- **Modelos y dibujos industriales y artísticos.**
- **Conocimientos técnicos. Know how.**
- **Creaciones publicitarias.**
- **Invencciones industriales.**
- **Consideraciones generales sobre las creaciones industriales.**

Las creaciones industriales son fruto de la actividad humana encaminada a resolver un problema técnico para satisfacer las necesidades de la comunidad. En efecto, la invención implica la solución de un problema técnico susceptible de aplicación industrial. No debe confundirse invención y descubrimiento científico. Mientras que la primera tiene siempre que resolver un problema técnico de tal suerte que satisfaga las necesidades humanas, el segundo puede tener un carácter meramente especulativo, sin ninguna aplicación industrial.

Los derechos exclusivos sobre las creaciones industriales son de dos tipos:

- Los que tienen por objeto creaciones de fondo, las invenciones.
- Los que recaen sobre creaciones de forma de carácter ornamental, esto es, los modelos y dibujos industriales y artísticos.

El fundamento del derecho exclusivo varía según la clase de creaciones industriales. En las creaciones de fondo o invenciones, a cambio del derecho exclusivo el inventor revelará las nuevas reglas técnicas que se integran en el patrimonio común. Este derecho es limitado temporalmente, por ello, se suele imponer a los titulares de la invención patentada la carga legal de explotarla y la obligación de pagar tasas de mantenimiento, que en caso contrario, el derecho caerá en dominio público.

En las creaciones de forma, el derecho se concede como reconocimiento a la actividad creadora de su autor, en cuanto que supone el enriquecimiento del patrimonio de las formas estéticas aplicadas a la industria.

La Ley de Patentes de 1986 sólo se aplica a las creaciones industriales de fondo (patentes y modelos de utilidad). Las creaciones industriales de forma (modelos y dibujos industriales) se sigue rigiendo por el Estatuto de la Propiedad Industrial.

- **Patentes.**
- **Concepto de patente.**

Se entiende por patente, tanto el derecho que garantiza al inventor el disfrute exclusivo de los resultados industriales de su propia invención, como el título de propiedad industrial que a tal efecto se concede.

La patente ha de referirse necesariamente a un invento, si bien es esencia tener en cuenta que únicamente son patentables las invenciones nuevas que impliquen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial.

- **Requisitos esenciales.**

Son requisitos esenciales de la invención para que ésta sea patentable:

- Su aplicación industrial, que el invento sea susceptible de fabricación industrial
- Su novedad, entendiéndose por nueva la invención que lo es, respecto al estado de la técnica. Se considera que destruye la novedad de una invención no sólo el hecho de que exista una patente anterior sobre la misma invención, sino también la existencia de las solicitudes españolas publicadas de patentes o modelos de utilidad que recaigan sobre las mismas reglas técnicas, y cuya fecha de

presentación sea anterior a la de la invención que se pretenda proteger.

- Que implique además, una actividad inventiva, que la invención no sólo tiene que ser nueva, sino que además, no debe deducirse fácilmente del conjunto de conocimientos técnicos ya existentes.

- **Inventiones no patentables.**

No podrán ser objeto de patenta las invenciones:

- cuya publicación o explotación sea contraria al orden público o a las buenas costumbres,
- las variedades vegetales, las razas animales y los procedimientos esencialmente biológicos de obtención de vegetales o animales,
- así como los métodos de tratamiento o diagnóstico del cuerpo humano o animal.

La ley no considera invenciones, y por tanto no podrán protegerse por medio de patentes :

- Los descubrimientos, teorías científicas o métodos matemáticos.
- Las obras literarias, artísticas o científicas.
- Los planes, reglas o métodos para el ejercicio de actividades intelectuales o económico – comerciales.
- Los programas de ordenador y las formas de presentar las informaciones.

- **Derecho a la patente.**

El derecho a la patente pertenece al inventor o a sus causahabientes. El inventor puede transferirla a un tercero a través de todos los métodos que reconocen los terceros.

Cuando se consigue la patente, nace el derecho absoluto a la explotación de la misma, que impide a los terceros que puedan perturbar a su titular esa explotación. Antes de la inscripción de la invención en la oficina de patentes y marcas, el derecho de monopolio no existía y la protección del invento antes de ser patentado deriva únicamente de las normas que protegen el secreto industrial.

El inventor tiene derecho a ser mencionado como tal, aun cuando él no llegue a ser titular de la patente. Ese derecho alude precisamente al llamado derecho a la paternidad del invento.

Iniciado el procedimiento ante la oficina de patentes y marcas, se presume que el solicitante está legitimado para ejercer el derecho a la patente. Pero puede suceder que ese solicitante no sea el titular legítimo del derecho a la patente por no ser el inventor o la persona a la que ha transmitido el derecho. En tal hipótesis, la ley protege al titular legítimo tanto en el caso de que la patente no haya sido aún concedida al solicitante, como en el supuesto de que ya se haya otorgado.

- **El derecho a las patentes en caso de invenciones laborales.**

Son las surgidas en el seno de una empresa por un trabajador de la misma. La ley distingue 3 clases de invenciones laborales:

- **Inventiones de servicio:** son las alcanzadas por el trabajador durante la vigencia de su contrato de trabajo. Las invenciones pertenecerán al empresario.

- **Invencciones mixtas:** aquellas realizadas por el trabajador no contratado para investigar. El empresario puede optar entre asumir la titularidad de la invención o reservarse un derecho de utilización de la misma, debiendo en ambos casos compensar económicamente al trabajador.
- **Invencciones libres:** aquellas en las que no concurre ninguna de las circunstancias antes descritas y en tal caso, su titularidad se atribuye al trabajador.

En los dos primeros casos, la ley impone al trabajador el deber genérico de comunicar por escrito al empresario los resultados obtenidos.

• **Procedimiento para la obtención de la patente.**

La ley dice que hay que presentar una solicitud que ha de contener la descripción del invento para el que se solicita la patente. Dicha descripción ha de ser lo suficientemente clara y completa para que un experto en la materia pueda ejecutarla. La solicitud de patente no podrá comprender más de una invención. En caso contrario, deberán ser divididas en tantas solicitudes como distintas invenciones contenga.

La ley ha establecido dos procedimientos, uno general y otro especial.

- **Procedimiento general:** la oficina de patentes examinará si la solicitud de patente reúne los requisitos formales establecidos por la ley. La oficina elaborará un informe sobre el estado de la técnica en donde se señalen los antecedentes que puedan afectar a la novedad y a la actividad de la invención. Este informe se hace público y transcurrido un plazo de tiempo, se concederá.
- **Procedimiento especial:** se siguen los trámites del general, pero a diferencia de éste, los terceros podrán oponerse a que la oficina conceda la patente alegando que falta cualquiera de los requisitos para esa concesión. Además la mayor diferencia es que en éste procedimiento, la oficina de patentes efectúa un examen previo de los requisitos esenciales y demás elementos necesarios.

• **Contenido del derecho a la patente.**

El titular de la patente tiene derecho al disfrute exclusivo del invento, que se manifiesta en la doble facultad de poder explotar la invención patentada e impedir que los terceros exploten, comercialicen o introduzcan en el país productos derivados de la patente sin su autorización.

Este derecho es de carácter patrimonial, y por tanto puede ser transmitido por todos los medios admitidos por el derecho. Se entiende como un límite a la libre competencia, ya que supone un monopolio sobre un bien determinado. Tiene una duración determinada y limitada en el tiempo, 20 años improrrogables y en el espacio al territorio español.

Interesa precisar que el derecho a la explotación de la patente se circunscribe a los ámbitos industrial y comercial. El titular de una patente no tiene derecho a impedir la explotación a quien con anterioridad y de buena fe estuviera explotando en España el objeto de la invención patentada.

Hay una protección provisional de la patente cuando esta se encuentre inmersa en el proceso de concesión. Una vez concedida la patente su titular asume la obligación de explotarla. Si no hay explotación, se reducen o incluso eliminan, algunos de los efectos favorables que tienen las patentes para el desarrollo económico, industrial y tecnológico para la comunidad. La ley concede un plazo de 3 años para comenzar a explotarla. En caso contrario, el titular será sancionado mediante la concesión de licencias obligatorias a terceros interesados.

El titular debe pagar unas tasas anuales para el mantenimiento de la vida legal de la invención patentada. Una vez transcurridos los 20 años de plazo, la patente cae en dominio público, pudiendo ser explotada por

cualquiera.

- **Transmisión de los derechos sobre la patente.**

Los derechos derivados de la patente pueden ser transmitidos por todos los medios reconocidos en el derecho. También pueden constituirse derechos reales sobre ella, como el usufructo y la hipoteca mobiliaria. En cuanto a las licencias, las cuales en lugar de la transmisión plena del derecho sobre la patente, se autoriza a un tercero a la explotación del objeto de la patente.

- Licencias de explotación.

En ellas intervienen el licenciatario y el licenciante. Clases:

- Licencias contractuales: serán otorgadas por el titular de la patente en el régimen y con los límites que las partes acuerden. Los titulares de las licencias no podrán cederlas a terceros ni conceder sublicencias. El contrato deberá costar por escrito y sólo surtirá efecto frente a terceros de buena fe. La patente puede ser objeto de licencia en su totalidad o respecto a alguna de las facultades que derive del derecho de exclusiva.
- Licencias de pleno derecho: el titular por escrito y en la oficina de patentes declara que está dispuesto a autorizar la utilización de la invención a cualquier interesado (beneficios fiscales).
- Licencias obligatorias: se otorgan contra la voluntad del titular de la patente debido al interés público. Son las siguientes:
 - Licencia por falta o insuficiencia de explotación de invención patentada.
 - Licencia por necesidades de la exportación al no cubrir la explotación efectuada por el titular de la patente el mercado de exportación.
 - Licencia por dependencia entre dos patentes que se produce cuando existe una patente anterior si cuya concurrencia no sería posible la explotación de la nueva invención.
 - Licencia por razón de interés público, salud pública, interés nacional etc.

- **Otras modalidades de protección de las invenciones.**

- Los modelos de utilidad.

Junto a las patentes se reconocen en nuestro ordenamiento los modelos de utilidad, regulados en la Ley de Patentes. El modelo de utilidad es una modalidad a través de la cual se protegen invenciones que siendo nuevas, consisten en dar a un objeto una configuración, estructura o constitución de la que resulta alguna ventaja práctica apreciable para su uso o fabricación.

En ocasiones puede resultar difícil determinar cuando nos encontramos ante una creación de fondo o utilitaria y cuando ante una creación de forma y ornamental.

La diferencia básica radica en que mientras el modelo de utilidad es una auténtica invención, el modelo industrial tiene como característica su forma nueva, que no cumple ninguna función técnica y por tanto no implica ninguna invención. La diferenciación de los modelos de utilidad con relación a las patentes de invención es en muchos casos difícil.

También existen diferencias entre las patentes y los modelos de utilidad respecto a la actividad inventiva

exigible. El menor grado de novedad y la inferior actividad inventiva exigidas conlleva que la protección conferida por el modelo de utilidad sea también menor, así su duración será de sólo diez años.

- Las adicciones a la patente.

La adición cubre una invención que perfecciona o mejora el invento principal. Tendrá la misma duración que la patente principal de la cual dependa, ahora bien, una adición podrá convertirse en patente independiente cuando su titular renuncie a la patente principal.

- **Los modelos y dibujos industriales y artísticos.**

Estos integran las denominadas creaciones de forma, que no pertenecen a la esfera de la técnica, como las invenciones, sino a la órbita del arte industrial o arte aplicado. Las creaciones de forma tienen por objeto no la utilidad, sino la forma estética y por ello podrían ser objeto en determinados casos de protección también a través de las normas de propiedad intelectual.

- El modelo industrial es una creación de forma que tienen tres dimensiones y que sirve como prototipo e ejemplar para la fabricación de un producto.
- Por dibujo industrial se entiende toda disposición o conjunto de líneas o colores aplicables con un fin comercial.

Tanto uno como otro se conceden por la oficina de patentes y marcas sin previo examen de novedad ni de utilidad, pero con el llamamiento a los terceros para que puedan oponerse. Se conceden por diez años prorrogables por otros diez.

- Se entiende por modelos dibujos artísticos las reproducciones de obras de arte que se exploten con un fin industrial.

Gozan de la protección acumulada del derecho de autor y del derecho industrial

Fin tema 16.

TEMA 17: LA EMPRESA COMO OBJETO DE NEGOCIOS JURÍDICOS.

- **Problemática general de la transmisión de la empresa.**

La empresa es una organización de capital y trabajo, utilizada instrumentalmente por el empresario, para realizar una actividad económica para el mercado, y que posee un valor superior al que resulta de la suma de los valores de sus simples elementos integrantes. La empresa puede ser utilizada en actos inter vivos o mortis causa.

- En actos inter vivos.

- **Asunción de deudas y cesión de crédito.**

La explotación de una empresa origina un haz de créditos y de deudas que convierten al empresario en acreedor y deudor frente a terceros. En el momento de transmitirse la empresa es necesario dilucidar si con ella han de entenderse automáticamente cedidos a su adquirente los créditos y las deudas que contrajo el transmitente, o si por el contrario, será necesaria la concurrencia de los requisitos establecidos en nuestro derecho privado para la cesión de créditos y para la asunción de deudas.

En cuanto a los créditos, el empresario que enajena su empresa, no se transmitirán automáticamente con ella a su adquirente. Para ello es necesario e indispensable la cesión de tales créditos sea expresamente convenida entre el acreedor – transmitente y el adquirente de la empresa, cesión que debe ser comunicada al deudor.

Respecto a las deudas contraídas con un tercero por el transmitente de una empresa, tampoco se transmiten automáticamente al adquirente de la empresa. Será indispensable que así se haya convenido entre las partes y además observar el requisito recogido en el artículo 1205 CC, que en virtud del cual, para la novación que consisten en sustituir un deudor (adquirente de la empresa) en lugar del primitivo (transmitente de la misma), es necesario el consentimiento expreso del tercero acreedor. Faltando este consentimiento, el pacto de asunción de deudor entre cedente y cesionario tan sólo producirá efectos inter – partes, pero no frente al tercero acreedor.

- **Cesión de contratos.**

El empresario que transmite una empresa es normalmente parte en una pluralidad de contratos estipulados con terceros, contratos que generalmente nacen de la actividad misma de la empresa y que , en ocasiones, son indispensables para su explotación e incluso para su propia subsistencia.

Suele ser de vital importancia dilucidar si convenida la transmisión de una empresa a un tercero, los contratos anteriormente estipulados por el transmitente se transmiten o no automáticamente a su adquirente. Este problema tampoco está resuelto en nuestro derecho positivo. Pero la cesión de un contrato en términos generales, implica la subrogación de un tercero (el adquirente) y parece evidente que una modificación de esta naturaleza no puede producirse sin el consentimiento de la otra parte contratante, salvo que otra cosa disponga la ley o pueda deducirse del propio contrato. En nuestro derecho positivo existen algunos casos en los que transmitida una empresa, se produce la cesión automática a su adquirente de ciertos contratos estipulados por el empresario transmitente.

- **La prohibición de competencia.**

En cualquier forma de transmisión inter – vivos de una empresa, su transmitente está obligado a transmitir los elementos esenciales que la componen y las dos situaciones de hecho que caracterizan a una empresa en funcionamiento son: la clientela y sus expectativas. Estas situaciones no pueden transmitirse directamente.

Indirectamente se pueden transmitir imponiendo a quien enajena la empresa una obligación positiva, consistente en entregar aquellos elementos de la empresa a los que la clientela y las expectativas van a menudo unidas. Pero el principal medio para garantizar que el adquirente recibirá la clientela es la especial obligación negativa (de no hacer), que se impone al empresario individual que transmite una empresa. Consiste en la prohibición de hacer competencia al adquirente, pues de lo contrario podría sustraer a éste la clientela y las expectativas que con la empresa debe transmitir

Pueden darse dos supuestos en cuanto a la invocabilidad de la obligación negativa en nuestro derecho positivo:

- Que las partes lo hayan convenido expresamente: el transmitente se abstendrá de competir con el adquirente en base a una obligación negativa de carácter contractual.
- Que ni el transmitente ni el adquirente de la empresa hayan pactado nada al respecto: el empresario transmitente debe abstenerse de hacer competencia, porque aún cuando no haya asumido esta obligación expresamente, los contratos no obligan sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (1258 CC).

- Transmisión mortis – causa.

- **¿Qué ocurre con la administración de la empresa desde el momento del fallecimiento del empresario?.**

La doctrina plantea dos posibilidades:

- Que el empresario haya previsto este supuesto y nombre a uno o varios factores cuyo mercado no se extingue por la muerte del empresario principal.
- Permite que el albacea o el llamado a la herencia pueda hacerse cargo del negocio antes de la adjudicación de la herencia,

- **¿Cómo se asegura la continuidad de la empresa si se procede a un reparto?.**

También la doctrina señala dos vías:

- Adjudicar la empresa como conjunto a un único heredero (problemático).
- Si hay varios herederos se forma una comunidad entre ellos por lo que serán empresarios mancomunados. Esa mancomunidad, con el tiempo se puede convertir en una sociedad irregular.

- **La compra – venta de la empresa.**

La empresa es frecuentemente objeto de contratos de compra – venta. Su finalidad es transmitir al comprador de modo definitivo la titularidad de cada una de las relaciones jurídicas que ligan al empresario vendedor con cada uno de los elementos que integran la empresa, de forma que aquél pueda suceder a éste en su explotación.

Sólo existirá aquel contrato cuando lo que se transmite y adquiere es un conjunto organizado de elementos en funcionamiento cuya explotación se desea continuar por el comprador.

Para la existencia de este negocio jurídico bastará la estipulación de un único contrato, cuyo objeto sea la transmisión de la empresa misma, sin que deban estipularse tantos negocios o cuantos elementos individuales la compongan.

Para la entrega (traditio) de cada elemento será indispensable respetar su propia ley de circulación y para la perfección del contrato será aplicable el principio de libertad de forma, establecido con carácter general en el artículo 51 CC. Del contrato de compra – venta de empresa nacen las clásicas obligaciones de entregar la cosa y de pagar el precio. Pero la especial naturaleza del objeto transmitido hace surgir obligaciones sui generis que son:

- **Obligación de entregar la empresa vendida:** respecto de los elementos que deben transmitirse, el profesor Garrigues distingue según se haya o no confeccionado un inventario:
 - Caso 1º: deben entregarse todos los mencionados en él.
 - Caso 2º: el vendedor debe entregar todos los elementos esenciales de la empresa, de modo que el adquirente pueda continuar su explotación por haber recibido, no sólo los elementos aislados que la componen, sino la organización productiva de la empresa.
- **Obligaciones accesorias:** la especial naturaleza de la empresa como organización que debe transmitirse, impone al vendedor ciertas obligaciones accesorias:

- Entregar la lista de clientes.
- Comunicar a éstos por circulares la enajenación realizada.
- Asesoramiento en la producción.
- **Prohibición de competencia:** el vendedor debe abstenerse de hacer competencia al comprador durante un tiempo y el asesoramiento necesario para que éste consolide la clientela y las expectativas de la empresa transmitida.
- **El arrendamiento de la empresa.**

El arrendamiento constituye una forma temporal y limitada de transmisión, por la cual, su titular cede el uso o explotación de la empresa a persona distinta de su titular, pero por tiempo determinado y precio cierto. El arrendamiento de empresa no está regulado en nuestro derecho positivo.

Existe arrendamiento de empresa:

- Cuando el objeto arrendado sea un local y el negocio o industria en él instalado.
- Cuando todo ello constituya una unidad patrimonial dotada de vida propia.
- Cuando la finalidad del arrendamiento sea continuar la explotación de la actividad económica realizada por el arrendador con aquel conjunto organizado.

No será arrendamiento de empresa: el que tenga por objeto un local con algunos elementos inconexos y desorganizados, ni el que transmita un local con elementos organizados no explotado anteriormente como empresa.

Obligaciones del arrendador:

- Entrega de la cosa.
- Hacer de la cosa las reparaciones necesarias.
- Asegurar su goce y disfrute pacífico.

Obligaciones del arrendatario.

- **Obligación de explotar la empresa:** se debe explotar no sólo porque su inactividad la deprecia, sino porque el arrendatario deberá restituirla tal y como la recibió. (art 1561). Si no ha sido explotada y mantenida en funcionamiento, se podrá pedir el desahucio del arrendatario.
- **Obligación de explotar la empresa con la diligencia propia de un ordenado comerciante sin cambiar ni alterar su objeto.**
- **Obligación de restituirla al término del arrendamiento en el mismo estado en que fue recibida.** Sin embargo, esta obligación es de difícil cumplimiento porque su explotación puede alterar la configuración de la empresa. Por ello bastará que el arrendatario restituya los elementos esenciales.
- **El usufructo de la empresa.**

Como la empresa no es una cosa susceptible de soportar unitariamente derechos reales, el usufructo de empresa será el único en un momento constitutivo y se descompondrá en tantas relaciones de usufructo cuantas cosas o bienes compongan la empresa. El usufructo de empresa puede ser:

- Legal.
- Convencional.

A falta de pacto expreso de usufructo, se concede al usufructuario el derecho de explotar por sí mismo la empresa que lo soporte, por lo que adquirirá la condición de empresario o comerciante. Del tenor literal del artículo 480 CC parece que el usufructuario posee la explotación personal de la empresa porque al usufructuario corresponde la explotación y gestión del bien usufructuado.

- **La hipoteca mobiliaria de la empresa.**

La hipoteca de establecimiento mercantil es la que sólo corresponde a algunos elementos de la empresa, pero no a todos. No hay gravamen sobre toda la empresa, sino sobre algunos de sus elementos. La hipoteca de empresa comprende:

- Local.
- Instalaciones fijas de la empresa.

Si pertenecen al titular de ella se extiende la nombre comercial, rótulo y a los demás derechos de propiedad industrial, a las máquinas, mobiliario etc.

Por tanto, no existe hipoteca de empresa sino de algunos elementos de la empresa.

FIN TEMA 17.

Primera Guerra Mundial.

Constituciones italiana del 47, alemana del 49 y española del 78.

Es lo que se denomina constitución económica.

Abstención total del estado de intervención en la economía.

Sistema intervencionista puro.

Constitución española.

Derecho mercantil.

Artículo 128.2 CE.

Comunidades autónomas.

Artículo 40 CE.

Ley General de Condiciones de la Contratación.

Esta tarea fue iniciada por la doctrina alemana a la cual la seguiría el resto de Europa.

Derecho Mercantil.

Aunque el ámbito de aplicación es prácticamente el mismo, cada derecho se va a desarrollar de forma muy diferente como luego veremos.

Común o civil y el especial o mercantil.

Derecho mercantil como derecho del mercado, no de la empresa.

El estado social.

Derecho mercantil.

No tengo ni idea de cómo se escribe, buscar en bibliografía.

Las empresas en un sistema económico de mercado.

De ahí surgen dificultades incluso terminológicas.

Distinción radical propia o que tuvo su origen en el s. XIX.

Cco: Código de Comercio.

Patentes, marcas, nombres etc.

Punto introductorio.

Derecho de obligaciones y contratos y títulos – valores.

Derecho concursal.

Las fuentes del ordenamiento jurídico español son, la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

Ley mercantil, costumbre mercantil y derecho común.

Artículo 4.3 CC: las disposiciones de este código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes.

Función supletoria.

El derecho mercantil.

UE: Unión Europea.

CE: Constitución Española 1978.

CCAA: Comunidad/es Autónoma/s.

Artículo 149.1 6ª CE.

En la práctica, si suelen regular ciertas materias las CCAA como la ley de cooperativas, que prácticamente cada comunidad tiene una propia.

Entendida como derecho consuetudinario.

EM: Edad Media.

Estas funciones están recogidas con carácter general en los artículos 1287 y 1258 del CC y en el artículo 57 Cco.

Es decir, como fuente de derecho.

Los usos interpretativos NO van a ser considerados fuente, y los normativos SI.

Locales o de plaza: en caso de conflicto va a prevalecer siempre el uso de plaza.

TS: Tribunal Supremo.

LCGC: Ley de las Condiciones Generales para la Contratación.

Son los llamados contratos por adhesión.

Costumbre, artículo 1.3 párrafo 2º CC.

K: capital; L: trabajo.

La organización del empresario es fundamental, de forma que, incluso la desaparición del empresario no va a hacer que desaparezca la empresa y que se paralice su actividad.

Sin que exista ningún tipo de relación de subordinación.

Esto se realiza mediante multitud de fórmulas, captación de clientes, publicidad, marketing etc.

Empresa como bien jurídico – económico, La empresa como bien susceptible de ser objeto del tráfico económico.

Patentes, clientes, marcas, etc.

Intereses de los trabajadores, clientes, proveedores, etc.

En sectores como el transporte, las telecomunicaciones, energía, etc.

SA: Sociedad Anónima.

JGA: Junta General de Accionistas.

K: capital.

Se abandona el criterio anterior que era la inscripción en el registro del gremio para pasar a que una persona se dedique habitualmente al comercio.

Los factores, los apoderados generales, etc, son colaboradores.

Mayores de edad que heredan una empresa de sus padres.

El art 1 cuando dice son comerciantes quiere decir pueden ser comerciantes.

Algunos por razones históricas como agricultores, ganaderos, artesanos, etc.

Emitir cheques, letras de cambio, etc.

La sociedad en si misma.

Personas jurídicas que dan facilidades a los objetivos, normalmente se buscan incentivos fiscales o una menor presión tributaria.

Artículo 11 Cco.

Y no teniendo que llevar una contabilidad que exige el Cco.

Pero la organización seguía centrada en el Monte de Piedad.

Se le aplica el artículo 1911 CC.

Es empresario el que se dedique habitualmente a una actividad económica.

Estado civil, etc.

Artículo 14 Cco.

Comunicados internos, ordenes, circulares informativas etc.

Son procedimientos mucho más rigurosos y complicados que un simple concurso de acreedores, que es el procedimiento en caso de insolvencia cuando el sujeto no es comerciante.

Ejemplo: las fundaciones y las cajas de ahorros.

RM: Registro Mercantil.

LDPPPTM.

Los podrá gravar, enajenar por sí sólo. Artículo 6 Cco.

Aquellos con los que cada uno de los cónyuges llega al matrimonio

RM: Registro Mercantil.

Artículo 6 Cco.

Art 7 Cco: se presumirá otorgado el consentimiento cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo.

Capitulaciones matrimoniales.

Terminología muy desfasada.

Tiene otras funciones que le asigna la ley.

Buques, aeronaves, etc.

LRM: Ley del Registro Mercantil.

RRM: Reglamento Registro Mercantil.

Artículo 2 LRM.

Arts 586, 587 y 837 Cco.

Profesor dijo que era posible pregunta de examen, de quiniela.

RRM: Reglamento del Registro Mercantil.

Art 77 RRM.

Art 382 RRM.

BORM: Boletín Oficial del Registro Mercantil.

Cambio de domicilio, anuncio convocatoria de junta general de accionistas, etc.

Por ejemplo: arts 16.1.7º, 21.1 y 22 Cco. También en 2.1, 9.1 y 87 del reglamento del registro mercantil.

Artículo 114.2 reglamento del registro mercantil.

Inscripción por iniciativa del juez o por el cónyuge del empresario.

Arts 59, 60 y 63 reglamento del registro.

Tema del BORM visto anteriormente.

Si son SA, SL, etc.

Ojo, pregunta siempre esto en febrero, junio septiembre. Es más que probable que caiga en el examen, o al menos eso dijo el tío, ya veremos.

En definitiva, se quiere expulsar al socio de la sociedad.

Dentro de ésta pregunta de publicidad material, la que ha dicho que va a caer en el examen siempre, más concretamente, va a ser éste apartado de la publicidad material positiva. (Ya veremos).

registrado en el art 21 Cco y 6 RRM.

Art 9.2 Cco.

Art 9.4 Cco.

66

1

66