

TEMA 1: INTRODUCCION. LA ACTIVIDAD ECONOMICA Y EL DERECHO.

• La actividad económica, el mercado y el Derecho.

Todo sistema económico trata de resolver 3 problemas:

- 1.- Que es lo que se produce.
- 2.- Como lo vamos a producir.
- 3.- Para quien lo vamos a producir.

Para resolver esto interviene el mercado y los poderes públicos, éstos lo hacen fundamentalmente a través del Derecho.

El Derecho viene a condicionar las actividades económicas. Todas las actividades económicas tienen transcendencia jurídica (Ej. Para formar un nuevo banco hay una serie de requisitos: ser S.A., capital mínimo, reservas obligatorias, autorización administrativa,...)

Por esto el Derecho y las normas jurídicas condicionan las decisiones económicas y su conocimiento es un dato esencial para cuantificar costes o beneficios de una actividad económica.

El Derecho es un conjunto de reglas o normas que regulan la vida de una comunidad con arreglo a criterios de justicia.

Uno de los valores fundamentales de la Constitución española es la seguridad (Art. 9), que produce certeza sobre las leyes que existen en cada momento y que permiten a cada uno orientar sus decisiones en base a las consecuencias que va a tener [También añadir que en Art. 1 queda reflejado: Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político]

El mercado es el espacio en que compradores y vendedores realizan sus intercambios, se confrontan la oferta y la demanda. Hoy en día se suele distinguir entre mercados locales, regionales, internacionales y globales.

Según la respuesta que el mercado da a las 3 cuestiones iniciales, se habla de:

Economía Libre: El Estado se limita a garantizar el orden y funcionamiento del mercado, es decir, a crear el orden jurídico necesario, pero no interfiere en las actividades económicas.

Economía Centralizada: La propiedad de los medios de producción es pública y el precio es el resultado de las relaciones administrativas (y no del mercado).

Economía Mixta: El Estado interviene en la economía con distintos grados de intensidad (esta fue la que mas proliferó desde la II Guerra Mundial y la crisis del 29).

• El análisis económico del Derecho.

Es el enjuiciamiento de las normas jurídicas con base a criterios de racionalidad y de eficiencia económica, se plantea la rentabilidad económica de muchas medidas jurídicas.

• Las funciones del Derecho en la economía.

En un Estado de derecho se dice que el Derecho cumple 3 funciones fundamentales en la relación con la economía:

- 1.- Servir de fundamento y de garantía de la actividad económica y del mercado.
- 2.- Servir de corrector de los fallos de mercado.
- 3.- Servir de protector del equilibrio de intereses.

1.- Servir de fundamento y de garantía de la actividad económica y del mercado.

La economía del mercado solamente puede desarrollarse en un sistema de libertad y de Estado de Derecho, ya que éste resulta necesario para la seguridad jurídica y solamente la previsibilidad de las conductas permite una conducta libre e independiente. El Estado de derecho en este sentido implica que los agentes económicos y los ciudadanos se van a regir por leyes generales y no por leyes arbitrarias, y significa también el reconocimiento de unos derechos y libertades fundamentales y esto con el correspondiente control judicial.

La seguridad jurídica, la igualdad y la libertad son principios sin los cuales un Estado competitivo no puede desarrollarse, estos principios sirven de soporte a las instituciones que son el soporte del mercado y de la actividad económica. Son la propiedad privada, la libertad de contrato y la libertad de empresa.

La **propiedad privada** es un presupuesto de la libertad económica y a la vez una manifestación de la relación del hombre con el mundo objetivo. Solo cuando se posee algo se puede hacer una determinada actividad, por eso la protección legal del derecho a la propiedad es un estímulo imprescindible para el mercado.

La **libertad de contrato** constituye un elemento jurídico para la circulación de bienes y servicios, en el ámbito de movimiento de particulares.

La **libertad de empresa** se configura como un derecho a participar libremente en la explotación económica, ya sea aportando recursos propios o ajenos. Esta libertad de empresa presupone además de la propiedad privada y el contrato, otros derechos y libertades como el derecho de asociación y de fundación.

Por otro lado la economía exige que el ejercicio de estas libertades esté protegido en sus derechos y para ello se establecen todo tipo de sanciones que llegan incluso al Derecho Penal, pero que comprendería también las sanciones administrativas.

La regulación jurídica sirve de fundamento a la actividad económica mediante la ordenación de la libertad de empresa y de las instituciones económicas mediante la protección de la propiedad privada y mediante la regulación básica de la actividad económica.

2.- Servir de corrector de los fallos de mercado.

Hay normas que están dirigidas a garantizar la igualdad de los distintos agentes económicos que son fundamentalmente las normas dirigidas al derecho a la competencia, éste intenta arreglar los fallos que se dan entre los agentes económicos, por eso sanciona los abusos de posición dominante, las prácticas monopolísticas y las prácticas colusorias (las que van en perjuicio de terceros). Todas estas conductas tienen lugar entre empresas y restringen la competencia.

El Derecho también va a regular los efectos externos que pueden producir las actividades económicas, fundamentalmente en medio ambiente. También va a regular los fallos de información que colocan en posición desigual a los agentes que intervienen en el mercado. De aquí se deriva una normativa sobre la transparencia en los mercados, sobre todo en materia financiera y de consumidores.

3.- Servir de protector del equilibrio de intereses.

Existen una serie de circunstancias como por ejemplo la insuficiencia del mercado para distribuir equitativamente la riqueza, para garantizar el pleno empleo ... que justifican una serie de intervenciones estatales que van mas allá de lo que sería la simple protección del mercado. Estas intervenciones se justifican por la protección de los intereses generales de la sociedad y de los mas débiles.

Esta regulación está constituida por el conjunto de normas de distinta naturaleza que condicionan o limitan la actividad económica, como por ejemplo las condiciones para el desarrollo de una actividad o la fijación de precios e incluso se completa por la prestación del Sector Público de servicios médicos, asistenciales, educativos ...

Estas actividades del Estado en la economía son las que mas debates han levantado en la actualidad, cuestionándose no solo su eficacia, sino su necesidad.

- **La internacionalización económica y la ordenación jurídica internacional de la economía.**

La internacionalización de la vida económica (Globalización) ha provocado la necesidad de unos patrones comunes que reorganicen el sistema económico con el fin de dotarlo de la mayor homogeneización posible, para esto existen una serie de organismos a nivel mundial, como la Cámara de Comercio y e nivel internacional, aquí destaca el *FMI* y la *OCDE*, que diseñan políticas económicas y monetarias con alcance internacional, también figura la *OMC*, cuya finalidad es la aplicación y funcionamiento del sistema comercial que se establezca convencionalmente.

También existen instituciones que solo emiten informes o dictámenes como *La Comisión de supervisión bancaria de Basilea* o la *Organización Internacional de la comisión de valores*, y con todo ello se va creando un Derecho Económico Mercantil que da respuestas a la internacionalización.

Existen convenios que establecen un Derecho uniforme para los Estados que lo han ratificado, destacan el de Viena (1980), sobre compra-venta internacional de mercaderías.

Existen algunos institutos que han elaborado reglas generales o principios sobre contratos internacionales, especialmente la *UNIDROIT* (Instituto Internacional para la unificación del Derecho Privado), o la *UNCITRAL* (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional).

Tienen gran importancia los usos internacionales aprobado por la Cámara de Comercio Internacional. Se habla de una *lex mercatoria* (ley de mercaderes), que tiene que ser incluida en el contrato por voluntad de las partes.

- **Las disciplinas jurídicas que afectan a la actividad económica.**

Su núcleo está constituido por el Derecho Mercantil que regula la actividad empresarial, las formas de organización, el estatuto del empresario, la contabilidad, la solvencia del empresario, los contratos, la competencia, la propiedad industrial ...

Existen otras disciplinas con gran importancia como el Derecho Constitucional, ya que en la Constitución están los derechos fundamentales de la ordenación económica.

Otra disciplina es el Derecho Civil Patrimonial, fundamentalmente el relativo a obligaciones y contratos.

El Derecho Internacional Privado, que delimita la normativa aplicable en las transacciones internacionales.

Luego existen algunas disciplinas del Derecho Público que afectan a la ordenación económica, fundamentalmente el Derecho Administrativo, el Laboral, el Fiscal, el Penal y el Procesal.

TEMA 2: LAS BASES CONSTITUCIONALES DE LA ORDENACIÓN JURÍDICA DE LA ECONOMÍA: LA CONSTITUCIÓN ECONOMICA ESPAÑOLA.

- **El Estado social de Derecho y la economía mixta de mercado. Las diferentes cláusulas económicas de la Constitución. Los principios del orden público económico.**

Constitución económica: Conjunto de normas y principios que rigen la actividad económica en España y que constituyen la base de la ordenación jurídica de la economía. Esta constitución económica está formada principalmente por los artículos contenidos en el Art. 38 (Libertad de empresa), Art. 33 (Derecho a la propiedad), Art. 128 (La riqueza del país está subordinada al interés general y reconoce la iniciativa pública en la actividad económica) y el Art. 131 (permite al Estado planificar la actividad económica por diversas razones de interés público).

Junto a esta Constitución económica legal o formal, existe otra Constitución económica mas profunda que se suele denominar como el *orden público económico* y que estaría formado por una serie de principios sobre los que se desarrolla la actividad económica de una sociedad.

Estos principios son criterios básicos con los que debe aplicarse el ordenamiento jurídico:

1.- Conmutatividad del comercio jurídico:

Nuestro ordenamiento se apoya sobre la regla de que todo cambio de bienes y servicios tiene carácter conmutativo, es decir, se produce un intercambio. En palabras del Código Civil: La regla es el carácter oneroso, y la excepción son los actos gratuitos, y se entiende que estos últimos no son estrictamente económicos, ya que responden a motivaciones mas bien éticas o morales.

Como consecuencia de este principio, en nuestro Derecho rige el principio de causalidad, que significa que ningún desplazamiento de los bienes de un sujeto a otro se puede producir válidamente si no existe una causa que el ordenamiento considere suficiente, que le sirva de fundamento.

Otra consecuencia es en el intercambio de bienes y servicios, que debe guardar el mayor equilibrio posible entre las prestaciones: El Código Civil, Art. 289, dispone que las dudas que surjan en los contratos se interpretarán en función de la mayor reciprocidad de intereses. Y por eso también la jurisprudencia ha desarrollado la teoría de la base del negocio, con arreglo a la cual el contrato deberá revisarse si se alteran sustancialmente los acuerdos que le dieron origen.

2.- Buena fe:

Confianza en la actuación correcta de la otra parte en el cumplimiento de la palabra dada. Art. 7 del Código Civil: Los contratos y derechos deben cumplirse y ejecutarse con arreglo a la buena fe; Art. 1258: Los contratos obligan no solamente a lo que se ha pactado, sino a las consecuencias que sean conformes al unos y a la buena fe.

3.- Seguridad jurídica:

Además de ser un principio del orden público económico, lo es también de todo el sistema jurídico y está regido en el Art. 9.3 de la Constitución que incluye algunas manifestaciones de este principio, como son principio de legalidad, de jerarquía normativa, de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables.

Esta seguridad además de estas manifestaciones, significa también el carácter asequible del sistema normativo aplicable de manera que se puedan pronosticar en cierta medida las consecuencias de una variación.

Otra manifestación es la seguridad en los derechos subjetivos que pertenecen a los particulares y esto se manifiesta en la Constitución en el respeto al derecho a la propiedad que en su caso se podrá privar con la consecuente indemnización.

También está presente en el tráfico jurídico, lo que significa que en el mundo de los negocios merece protección la confianza suscitada de manera razonable por una determinada manera jurídica y en este sentido el ordenamiento entiende que se debe proteger a quien realiza un negocio de buena fe fundado en una apariencia subjetiva.

- **Los fundamentos constitucionales de la actividad económica privada.**
- ***El derecho a la propiedad privada.***

La Constitución reconoce en el Art. 33 el derecho a la propiedad privada y a la herencia, esto ya estaba recogido en el Art. 348 del Código Civil: La propiedad es el derecho a gozar y disponer de una cosa sin mas limitaciones que las establecidas en las leyes. Sin embargo la Constitución dispone también que la propiedad tiene una función social y ésta delimitará su contenido.

En la Constitución aparecen una serie de bienes como especialmente protegidos y además dispone que la riqueza está destinada al interés general (Art. 128). El Art. 132 de la Constitución reconoce la existencia de los bienes de dominio público, incluye entre estos a los que determine la ley y en todo caso en la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y de la plataforma continental. La regulación de estos bienes está presidida por los principios de prescriptibilidad e inembargabilidad.

Conforme a la Ley de Patrimonio del Estado, Art. 113, corresponde al Ministerio de Hacienda la aplicación de los bienes del patrimonio del Estado para uso general o a los usos públicos.

También existen una serie de propiedades especiales:

- *Propiedad urbana:* La ley del suelo tiene toda una serie de limitaciones a favor del municipio y de los usos comunitarios.
- *Propiedad de las aguas:* Desde la ley de las aguas del 85, no existe derecho de propiedad sobre las aguas ya que se consideran recursos naturales y de dominio público, lo que justifica a su vez una planificación hidrológica general que facilite su abastecimiento. Solo son aguas privadas las pluviales mientras discurren por fincas privadas y las lagunas o charcas que se encuentren en estas. En esos casos tiene que recurrirse a la intervención administrativa.

Esto también sucede en las minas, cuya concesión es por vía administrativa (desde 1993).

- ***La libertad de empresa:***

Principio de libertad de empresa (Art. 38 de la Constitución): Esta libertad se reconoce en el vacío de una economía de mercado y fue fruto la consecuencia de la regulación que puso fin a los gremios como incompatibles con la libertad de mercado. Esta libertad comprende la libertad de creación y de ejercicio de cualquier actividad empresarial así como de dirección y gestión.

Este principio justifica muchas opciones de política jurídica ya que el propio Art. 38 lo modela según las experiencias de la economía en general y en su caso de la planificación. En este principio se han ido

introduciendo algunas restricciones a esta libertad que están muy relacionadas con las restricciones al principio de la libertad de contratación y así por ejemplo en virtud de las exigencias de una economía planificada han aparecido los contratos financieros que son dictados por autoridades administrativas y que tienen un contenido predeterminado con carácter imperativo ya que el Art. 131 de la Constitución permite al Estado planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas.

Otra restricción es la que establece el Art. 129.2 de la Constitución, los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán las sociedades cooperativas y también establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.

Protección hacia los consumidores, que se establece en el Art. 151. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

La libertad de empresa constituye un derecho subjetivo y está tutelado por lo que dice el Art. 53 de la Constitución de manera que en primer lugar los poderes públicos deben respetar y proteger su ejercicio, segundo se trata de una materia que goza de vigencia legal y en su caso, cualquier causa que vulnere esta libertad de empresa puede ser recurrida ante el Tribunal Constitucional.

- ***Libertad de contratación***

Esta libertad no está expresamente reconocida en la Constitución pero es una consecuencia implícita de la libertad de empresa. Está recogida en el Art. 1255 del código civil y según está articulado los particulares pueden incluir los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral y al orden público. Está muy cuestionado porque se dice que apenas existe autonomía a la hora de contratar.

- ***El principio de libre competencia***

Consecuencia del principio de libertad de empresa y se persiguen todas las conductas que puedan restringir o falsear la competencia.

- **El reconocimiento de la iniciativa económica y propiedad públicas y de la intervención administrativa en la actividad económica privada.**

La causa fundamental se encuentra en el Art. 128.2 de la Constitución, según este Art. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica y mediante la ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y así mismo acudir la intervención de empresas cuando lo requiera el interés general.

- ***El Estado como regulador.***

Este precepto está íntimamente relacionado con el llamado Estado del bienestar que se caracteriza porque el Estado provee de toda una serie de servicios sociales básicos y para ello interviene en la economía regulando las actividades económicas privadas por un lado y como agente económico por otro, es decir produciendo bienes y servicios para el mercado. Entre los títulos competenciales que tiene el Estado tiene especial importancia el Art. 128 de la Constitución, cuando se habla del Estado como regulador se hace referencia a 2 de las 3 funciones que vimos, que son el Estado como corrector de fallos de mercado y como protector del equilibrio de intereses.

Esta intervención del Estado tiene toda una serie de preceptos que la amparan (Función social de la propiedad,

subordinación de la riqueza al interés general, la planificación de la economía, la distribución de la renta, la obtención del pleno empleo), como consecuencia de todo esto surgen distintos derechos como el de la competencia, el fiscal, de sanidad, educación...

• ***El Estado como sujeto económico.***

La Constitución reconoce la iniciativa pública en la actividad económica y permite que se reserven al sector público recursos o servicios esenciales y por esto se ha dicho que en nuestro país coexisten 2 sectores económicos de producción: privado y público, y por ello nuestro sistema económico es economía mixta.

La participación pública en la actividad económica se puede llevar a cabo de 3 maneras:

1. – *Iniciativa pública:* El Sector Público actúa en igualdad de condiciones con los particulares y normalmente mediante la creación de empresas públicas.

2. – *La reserva del Sector Público de recursos o servicios:* Dentro de estos servicios públicos se suele distinguir entre los de carácter social o asistencial y los de carácter económico, como la energía o las comunicaciones.

3. – *Intervención en empresas privadas.*

Este proceso de intervención del Sector Público en la economía en nuestro país cada vez es menor por el proceso de privatización. Se puede decir que hoy día el sector público interviene en la economía mas como regulador que como agente económico.

Liberalización y privatizaciones.

Liberalización: La pieza básica actualmente en España es el Real Decreto Ley del 16 de Abril del 99 sobre medidas vigentes de liberalización e incremento de la competencia. El 23 de Junio del 2.000 el Gobierno aprobó un grupo de medidas de carácter liberalizador para estimular el crecimiento económico, potenciar la competencia y reducir la inflación y lo aprobó en 5 decretos leyes que se refirieron a las siguientes materias:

1. – Referente a la competencia: En el sector energético se ha querido fomentar la competencia en los 3 mercados: Hidrocarburos, gas y electricidad.

Hidrocarburos: Se favorece la apertura de gasolineras en las grandes superficies y simultáneamente se restringe con carácter temporal la apertura de nuevas gasolineras por parte de las grandes empresas, y en concreto durante 5 años para las que tengan una cuota de mercado mayor al 30% (Repsol) y de 3 años para las que estén entre el 15% – 30%.

Otra medida es que se abre el accionariado de la Compañía Logística de Hidrocarburos S. A., propietaria de la red de oleoductos y se prohíbe que ningún operador pueda tener una participación mayor al 25%.

Gas: Se adelanta a 2003 la libre elección de operador por los consumidores y se rebaja la cuota por el uso de la red un 8%; además se abre el accionariado de ENAGAS S.A., propietaria de la red de gaseoductos en que ningún operador pueda tener mas de un 35%.

Electricidad: También se adelanta a 2003 la elección de operadora y se restringe la apertura de nuevas instalaciones que generen electricidad durante 5 años para las empresas con una cuota de mercado de mas del 80% y durante 3 años para las que la tengan mayor al 20%.

2. – Control de las concentraciones económicas: Estos Decretos Leyes refuerzan el control de las

concentraciones económicas:

- Exigiendo una notificación previa al servicio de defensa de la competencia de las concentraciones que permiten abarcar una determinada cuota de mercado, ya que hasta entonces se podía realizar a posteriori.
- La ejecución de la concentración queda en suspenso hasta que el Gobierno lo autorice.
- El Tribunal de Defensa de la Competencia tiene 2 meses para decidir si procede o no la concentración y el Gobierno tiene un mes para decidirlo también. Estos plazos han planteado problemas cuando se ha realizado OPA, ya que para el oferente la suspensión añade incertidumbre y para la empresa afectada porque ve suspendida la cotización hasta que se apruebe la concentración.

3.- Limitación de participaciones: Se limita la participación de una sola entidad en más de un operador. Una sola entidad que ostente participaciones en varias solo va a poder ejercitar su derecho de voto en una de los operadores mientras que en el resto solo va a poder ejercitar el voto correspondiente al 3% de su participación y además una sola entidad no va a poder designar directa o indirectamente miembros del consejo de administración en más de un operador principal en el respectivo sector estratégico. Entendiendo como operador principal a cualquiera que ostente una de las mayores 5 cuotas de mercado.

4.- Aranceles notariales y registrales: Se introduce el principio de libre competencia en los aranceles notariales y se admiten descuentos de hasta un 10%. En los aranceles por la cuantía del objeto se admite la libertad de arancel siempre que la cuantía del objeto supere los mil millones de pesetas, ya que hasta ese momento se aplicaba una tarifa del 0.3 por mil y por otra parte los aranceles registrales se reducen un 5% y las hipotecas y compra-ventas de viviendas y los aranceles de los registradores mercantiles se reducen también un 5% para los actos societarios.

5.- Libros de texto: Se liberaliza totalmente el descuento de los libreros minoristas sobre el precio de venta fijado por el sector (antes había un límite del 12%).

6.- Colegiación única: En adelante es suficiente colegiación en cualquier colegio profesional de carácter territorial para ejercitar la actividad en cualquier parte del territorio.

7.- Horarios comerciales: Los comercios pueden estar abiertos por un total de 90 horas semanales (y no 72 como antes). Se estableció un número de Domingos que se podía abrir al año con carácter progresivo (8 en 2000, 9 en 2001, 10 en 2002, 11 en 2003 y 12 en 2004).

TEMA 3: LA REGULACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA.

• Derecho Español y Derecho comunitario. Sus relaciones.

Desde que España se ha incorporado a la UE, el Derecho comunitario se aplica con carácter preferente al Derecho español, de manera que el ordenamiento jurídico comunitario prevalece sobre el español.

El Derecho comunitario está formado por:

- *Derecho Originario:* Formado por los tratados constitutivos de la UE y sus modificaciones. Suponen derechos y obligaciones para los estados miembros (Tratado de Roma, de Maastricht ...)
- *Derecho Derivado:* Formado a su vez por:
- *Reglamentos:* Tienen alcance general y son directamente aplicables a los estados miembros y a los ciudadanos.
- *Directivas:* Obligan a los estados miembros a alcanzar un resultado y dejan libertad en cuanto a la forma y los medios.
- *Decisiones:* No son normas generales, sino que están dirigidas a destinatarios concretos.

En la práctica, las normas comunitarias acentúan el carácter liberalizador de manera que sus principios acaban aplicándose de una u otra manera a los ordenamientos, y cuando se fija algún standard de carácter mínimo, a largo plazo este standard o exigencia mínima acaba siendo la única regla aplicable.

- **La ordenación jurídica de la actividad económica en la Unión Europea.**

En la UE la construcción de un mercado interior implica un espacio sin fronteras en el que estén garantizadas la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales y éstas vienen a ser la base de este mercado.

Otro eje fundamental en este mercado es el derecho a la competencia, que se materializa en la prohibición de determinadas prácticas, en el control de las actividades económicas y en el control del régimen de las ayudas públicas.

Por último, tiene gran importancia la política económica y monetaria que tiene como eje al Banco Central Europeo.

- ***El principio de no discriminación***

Supone la supresión de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre trabajadores de los estados miembros, respecto al empleo, la retribución y demás condiciones de trabajo. Por tanto está íntimamente relacionado con la libre circulación de personas. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha ampliado el concepto de libre circulación de personas, considerando como tales a los usuarios de un servicio, a los turistas, a los que se desplazan para recibir un cuidado médico y a quienes realizan viajes de estudio o de trabajo.

Este tipo de circulación comprende 2 tipos de medidas:

- Las que pretenden eliminar obstáculos a la entrada, permanencia y salida de los nacionales de un estado miembro en otro estado miembro.
- Las medidas que aseguran que esos nacionales podrían acceder y ejercer libremente una actividad económica en el territorio de cualquier estado miembro. Si esta actividad es asalariada, nos encontramos ante la libre circulación de trabajadores, mientras que si es independiente, será aplicable la normativa sobre el derecho de establecimiento o la libre prestación de servicios.

La libre circulación de personas: El derecho de desplazamiento y residencia en cualquier país miembro está reflejado en el Art. 39 del Tratado de la UE. Este derecho alcanza también en virtud de algunas directivas a los estudiantes y a los trabajadores por cuenta propia o ajena que hayan dejado de ejercer su actividad profesional con la condición de que estén en posesión de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el estado de acogida.

De este derecho como regla general se pueden beneficiar los nacionales de un estado miembro que ejerzan una actividad asalariada, su cónyuge, los descendientes menores de 21 años y los ascendientes, siempre que estén a su cargo.

El derecho a desplazarse a otro estado miembro solo requiere la presentación del DNI o del pasaporte, mientras que la residencia se condiciona a la obtención de una tarjeta de residencia, cuya duración es de 5 años renovables por periodos también de 5 años. Con todo, el desplazamiento y estancia en otro estado tiene una serie de excepciones por razón del orden público, salud y seguridad públicas (Art. 39 y 46 del Tratado).

En este sentido existe un catálogo de enfermedades que justifican la no concesión de este derecho y por otro lado se ha criticado que no exista una definición de lo que significan cada una de estas excepciones. En todo caso, estas medidas no se pueden alegar con finalidades económicas, sino que se han de fundamentar siempre

en el comportamiento personal de individuo.

En caso de que un nacional haya sido condenado penalmente en otro estado, este derecho tampoco se puede suprimir, salvo que exista una amenaza real y suficientemente grave para los intereses fundamentales del Estado.

La libre circulación de trabajadores: Supone la disponibilidad de desplazamiento y residencia de un nacional de un estado miembro y su familia en otro estado miembro con el fin de realizar un trabajo asalariado en cualquier sector de la actividad económica (Art. 39–42).

Por *trabajador asalariado* debe entenderse al clásico trabajador por cuenta ajena, ya sea permanente o a tiempo parcial y se excluyen los empleos en la Administración Pública, ya que se dice que estos empleos no están sujetos específicamente a una actividad económica.

El Tribunal de Justicia ha señalado que el empleo en la Administración Pública debe interpretarse de manera restrictiva, existe empleo en la Administración Pública si el trabajo implica una participación directa en el poder público o si las funciones que desarrolla tienen por objeto la salvaguarda de intereses generales. Por ejemplo, el Tribunal ha señalado que no son empleados del Sector Público las enfermeras de un hospital público o un investigador en un centro público, pero que si lo es el empleo de las fuerzas armadas, en la magistratura, en la administración fiscal...

En cuanto su contenido, implica la igualdad de trato en el acceso y ejercicio a un trabajo asalariado, es decir, la imposibilidad de discriminar por la nacionalidad.

- ***La libre circulación de los factores de producción.***
- ***La libre circulación de mercancías:***

Constituye un principio fundamental del mercado interior y queda recogido en el Art. 3 del Tratado. Esta libertad en el sentido del Tratado tal y como estaba en un primer momento suponía la creación de una unión aduanera suprimiendo todos los derechos de aduana entre los estados miembros y estableciendo un único arancel aduanero común frente a terceros estados y suprimiendo también las restricciones cuantitativas a los intercambios intracomunitarios de mercancías.

Tras el Acta Única (Ámsterdam '87) se dice que el mercado interior tiene por objeto crear un espacio sin fronteras en que la libre circulación de mercancías esté garantizada y también puede decirse que en esta fecha este objetivo ya estaba cumplido.

En 1986 el Libro Blanco señaló la necesidad de adoptar aproximadamente unas 300 medidas de índole física, técnica o fiscal para garantizar este derecho a la libre circulación de mercancías, ya que además de los aranceles, existen toda una serie de elementos de protección de los estados miembros de manera que los productos comunitarios no pierdan competitividad.

Por eso se dice que desde 1993 que esta era la libertad que había alcanzado mayor éxito, que se debió en gran parte a las directivas sobre la armonización técnica de productos. En la actualidad existe una fuerte política de apoyo a la calidad e identidad del producto comunitario, incluso se ha llegado a hablar de que existe un auténtico cuerpo de legislación alimentaria comunitaria.

En cuanto al ámbito de aplicación de esta libertad, lo comprende todo producto susceptible de valorarse en dinero y de transacción comercial y por tanto incluye los bienes de consumo y las obras de arte, pero no las armas, municiones o explosivos (Art. 296–198).

En cuanto al contenido cabe distinguir 3 aspectos:

- Creación de una unión aduanera y establecimiento de un arancel aduanero común (Art.23–27).
- Supresión de los derechos de aduana y las exacciones de efecto equivalente. Estas exacciones son una carga pecuniaria distinta de un derecho de aduana pero con los mismos efectos proteccionistas o discriminatorios y que se devengan también por el cruce de fronteras.
- Supresión de toda restricción cuantitativa a la exportación o a la importación o cualquier otra medida equivalente.

El Tribunal de Justicia de la UE ha reconocido la existencia de 2 principios:

- Principio de reconocimiento mutuo de certificados y homologaciones.
- Principio de equivalencia de las reglamentaciones o aceptación de los productos legalmente fabricados en otro estado miembro, aunque se hayan fabricado con prescripciones distintas, ya que se parte de la presunción que se han fabricado respetando las normas de salud de los consumidores.

El Art. 30 establece una serie de excepciones a la libre circulación de mercancías por razón del orden público, la moralidad, la seguridad pública, la protección de la salud y la vida de personas y animales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico, las preservación de los vegetales y la protección de la propiedad industrial y comercial.

• ***La libre prestación de servicios y el derecho de establecimiento:***

Libre prestación de servicios: Está regulada en los Art. 49–55 del Tratado Constitutivo de la UE. Por servicio debe entenderse cualquier tipo de actividad económica y en cualquier caso debe tratarse de un servicio transfronterizo, que puede tener lugar porque el prestamista del servicio se desplace a otro país o porque sea el destinatario el que se desplaza al estado del prestamista.

En cuanto al contenido, comprende el derecho al desplazamiento y a la estancia temporal en el territorio donde se realiza la prestación.

Se prevén exenciones por motivos de interés general, por ejemplo el estado receptor puede imponer al prestatario de los servicios determinadas reglas o controles justificables por la actividad profesional.

Derecho de establecimiento: Es establecimiento puede ser el principal o el secundario. El establecimiento se diferencia del servicio en que supone una voluntad de permanencia en el estado receptor, mientras que el servicio tiene carácter temporal. Pueden beneficiarse de este derecho tanto personas como sociedades, siempre que se hayan constituido con arreglo a la legislación de un estado miembro.

Implica esta libertad la realización efectiva de la igualdad de trato con el nacional, eliminando todo procedimiento o práctica administrativa que obstaculice el derecho de establecimiento por nacionales de otro estado y también se permite que se pueda restringir o eliminar esta libertad por razón del interés general.

• ***La libre circulación de capitales y el blanqueo de dinero:***

Libre circulación de capitales: Un movimiento de capital es toda transferencia de un estado a otro o dentro de un mismo estado, las transferencias a un no residente salvo que se constituyan en el marco de una transacción subyacente. Esta libertad, que está reconocida en los Art.56 – 57 del Tratado, ha ido mas lenta que las demás libertades y se articula sobre 2 principios:

- 1.– Supresión de toda restricción a los movimientos de capital.
- 2.– Supresión de toda discriminación de trato por razón de nacionalidad, residencia, lugar de colocación del capital,...

En cuanto a la puesta en práctica de esta libertad, el momento decisivo fue la directiva 88-361 de 24 de Junio del '88, que consagró la liberalización total e incondicional de todos los movimientos de capital. De todas formas, los estados miembros pueden adoptar una serie de controles permitiendo que las disposiciones de Derecho fiscal diferencien entre contribuyentes según su lugar de residencia o el lugar de inversión del capital y por otra parte también se permite adoptar una serie de medidas de supervisión, especialmente relativas a las entidades financieras.

Blanqueo de dinero: Supone la utilización de entidades de crédito o financieras para blanquear el producto obtenido con actividades delictivas. El blanqueo de capitales se ha tratado de combatir tradicionalmente con medidas de carácter penal, pero desde hace unos años también existen otra serie de medidas de carácter no penal destinadas a tratar de evitar esta actividad. En concreto la Directiva de 10-Julio-1991 contempló una serie de medidas relativas a la prevención en la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y fruto de esta Directiva se han promulgado una serie de medidas en España (NO HAY QUE SABERLAS):

- 19/1993 de 28 de Diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y su reglamento, aprobado por el Real Decreto 925/1995 de 9 de Junio.
- En la instrucción de 10-Diciembre-1999 de la Dirección General de Registros y Notariado, sobre obligaciones de los notarios, registradores de propiedad y mercantiles en materia de prevención del blanqueo de capitales.

En resumen, este grupo de normas establecen un conjunto de obligaciones como son exigir la identificabilidad de los clientes, examinar con meticulosidad las operaciones sospechosas, conservar la documentación durante 5 años, comunicar y colaborar con el servicio ejecutivo de la Comisión de la prevención del blanqueo de capitales, comunicando todo hecho sospechoso y establecer procedimientos adecuados para la formación de los empleados.

d) El Derecho comunitario de la competencia.

El principio de libre competencia es consecuencia de la libertad de empresa (Art. 38 de la Constitución), y por tanto la concurrencia en el mercado es libre, pero no significa que sea absoluta, sino que las leyes establecen toda una serie de limitaciones que se encuentran en los Art. 81 y siguientes del Tratado de la UE y en nuestro Derecho, en la Ley de defensa de la competencia y en la Ley de competencia desleal.

La Ley de defensa de la competencia tiene por objeto el garantizar que exista una competencia efectiva, mientras que la Ley de competencia desleal lo que hace es prohibir o sancionar todas aquellas conductas contra el empresario.

En el ámbito del derecho comunitario en la competencia tiene los mismos objetivos que los derechos nacionales, pero a nivel comunitario, es decir, garantizar que los agentes económicos puedan operar con plena libertad, asegurar el libre acceso al mercado de las empresas y a sus productos en igualdad de condiciones. Tanto la regulación sobre la competencia del Tratado como en la Ley de Defensa de la competencia, están divididos en 3 grandes apartados:

- *Las prácticas prohibidas.*
- *El control de las concentraciones económicas.*
- *El régimen de las ayudas públicas.*
- ***Las prácticas prohibidas:***

a) **Las prácticas colusorias** (Pactar en perjuicio de terceros): Las que están recogidas en el Art.81 del Tratado y en el Art.1 de la Ley de defensa de la competencia, que dice: Está prohibido todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, y en particular los siguientes:

- ◆ Fijación directa o indirecta de precios.
- ◆ Limitación o el control de la producción, distribución, desarrollo técnico o las inversiones.
- ◆ Reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- ◆ Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de otras pretensiones que con arreglo a los usos del comercio no guarden relación con el contrato.

Este tipo de conductas son nulas.

En el Tratado de la UE y en la propia Ley de defensa de la competencia dice que algunas prácticas colusorias si se pueden autorizar, en concreto se pueden autorizar por el tribunal de Defensa de la competencia si dichas prácticas contribuyen a mejorar la producción o distribución de los productos, o bien si promueven el progreso técnico o económico o bien si se encuentra justificada por una situación de interés general. En el ámbito europeo estas excepciones las concede la Comisión, ya sea a un solo acuerdo o a una sola decisión o ya sea a una categoría de acuerdos, en cuyo caso se promulga el correspondiente reglamento de exención.

b) Abuso de la posición dominante: En el ámbito comunitario se prohíbe la explotación abusiva por parte de una empresa de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, ya que se entiende que pueda afectar al comercio entre estados miembros, lo que se prohíbe no es tener una posición dominante, sino abusar de esa posición y para valorar cuando existe una posición dominante, resulta muy importante el estar en posesión de una cuota de mercado muy amplia y normalmente se entiende que existe cuando se tiene entre el 70-80% de la cuota de mercado y también resulta muy importante la definición de mercado relevante, que viene a actuar como un paso previo al cálculo de la cuota de mercado.

La Comisión europea señaló como criterios básicos para determinar si existe o no mercado relevante la sustituibilidad de la oferta, de la demanda y de la competencia potencial.

Tanto en el Tratado (Art. 82), como en la Ley de defensa de la competencia (Art. 6), también contienen ejemplos de prácticas abusivas, en concreto:

- ◆ La imposición directa o indirecta de precios.
- ◆ La limitación de producción o distribución en perjuicio de las empresas o los consumidores
- ◆ Negativa injustificada a satisfacer demandas de compra o prestación de servicios.
- ◆ Aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes de manera que pongan a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

Las empresas o grupos que realicen las conductas descritas pueden ser sancionadas por el Tribunal de defensa de la competencia previa presentación del expediente administrativo por el servicio de defensa de la competencia. El Tribunal lógicamente también puede requerir a la empresa o empresas para que cesen en dichos actos y en su caso obligarlas a la remoción (parar y volver a lo anterior) de los efectos.

• *El control de las concentraciones económicas:*

A nivel comunitario, el control de las concentraciones económicas está regulado por el reglamento del '87, que fue modificado en el '89. Este régimen intenta evitar que la concentración debilite las estructuras competitivas de los distintos mercados y en este sentido es indiferente la modalidad por la que tenga lugar la concentración.

Por *concentración* se entiende toda acción que implique y que como consecuencia de ella, se va a poder ejercitar una influencia decisiva en las decisiones de otra empresa.

En Europa, en el ámbito comunitario es obligatorio que las partes notifiquen a la comisión si supera

determinados límites, que serían:

- ◆ El volumen total de negocios sea superior a 2.500 millones de €.
- ◆ El volumen total de negocios a nivel comunitario sea superior a 100 millones de €.
- ◆ El volumen total de negocios individual realizado al menos por 2 de las empresas afectadas, supere los 25 millones de €.

Una vez que se notifica a la Comisión, se suspende la unión hasta que la Comisión lo decida y deberá decidir si autoriza la operación, si la autoriza con condiciones o si no la permite.

En nuestro Derecho el régimen de las concentraciones está en los Art. 14 – 18 de la Ley de defensa de la competencia. Toda concentración de empresas debe notificarse al Servicio de defensa de la competencia siempre y cuando se den ciertos requisitos:

- Si como consecuencia de la operación se adquiere un 25% o mas de la cuota de mercado o de un mercado geográfico indefinido.
- El volumen de venta global en España supera en el último ejercicio los 40.000 millones de pesetas, siempre que al menos 2 de los participantes en la operación tengan un volumen de ventas superior a 10.000 millones de pesetas.

Una vez notificada al Servicio de defensa de la competencia, la operación no se puede llevar a cabo mientras la Administración no lo autorice, si el Servicio entiende que la operación de concentración puede obstaculizar la existencia de competencia, lo remitirá al Tribunal de defensa de la competencia, y si no lo remite en el plazo de 1 mes se entenderá que autoriza dicha operación.

Una vez remitido el expediente al Tribunal, éste debe emitir un dictamen en un plazo de 2 meses en el que debe figurar la delimitación del mercado relevante, el poder económico y financiero de las empresas, la evolución de la oferta y la demanda, etc ...

El Tribunal de defensa de la competencia debe remitir su dictamen al Gobierno y es éste el que en un plazo de 1 mes decidirá entre no oponerse a la operación, subordinarla a una serie de requisitos o declararla improcedente, si el Gobierno no se pronuncia en 1 mes, se entenderá que autoriza la operación.

• **Ayudas públicas:**

El régimen que disciplina las ayudas públicas (Art. 87 del Tratado y Art. 89 de la Ley de defensa de la competencia), trata de evitar que los poderes públicos puedan favorecer a determinadas empresas con ventajas de las que no se benefician otros operadores económicos. Tradicionalmente se venía ayudando a una serie de empresas deficitarias, pero se ha ido comprobando que esto era perjudicial para otras empresas del sector, e incluso para la economía en general. Se considera que la actuación del Estado a través de las ayudas públicas puede llegar a tentar contra la libre competencia.

Por *ayuda pública* se puede entender toda medida de carácter positivo (subvención) o de carácter negativo (desgravación fiscal), siempre que implique una transferencia de recursos públicos y que tenga un carácter selectivo y que favorezca a la determinadas empresas en perjuicio de otras o de los consumidores.

Como regla general, el Art. 87 del Tratado dispone que son incompatibles con el Mercado Común las ayudas otorgadas por los estados que falseen o que amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones. Sin embargo si que son compatibles las ayudas destinadas a reparar los perjuicios derivados de un desastre natural o de otro acontecimiento de carácter extraordinario o los destinados a los consumidores siempre que se otorguen sin discriminaciones.

Hay otro tipo de ayudas que pueden declararse compatibles con el Mercado Común y que serían las que se destinan a favorecer el desarrollo económico de regiones con nivel de vida anormalmente bajo o en la que exista una grave situación de desempleo, también las ayudas pueden fomentar la realización de un proyecto de interés europeo o las destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un estado miembro.

Esta política restrictiva de las ayudas públicas se completa con la existencia de unos fondos estructurales.

En nuestro país el Tribunal de defensa de la competencia es el que analizará los criterios de concesión de las ayudas públicas y emitirá un dictamen al Consejo de Ministro y será este quien propondrá a los poderes públicos suprimir o modificar la ayuda y las medidas que conduzcan al restablecimiento de la competencia.

La protección contra la competencia desleal.

Como consecuencia del principio de libre competencia, la conquista de un mercado tiene que ser leal, es decir, que el empresario tiene derecho a ampliar su negocio, sus clientes ... aunque perjudique a los demás, pero esa competencia tiene que ser correcta, y en este sentido la Ley reprocha la competencia desleal por no respetar ese mínimo de honestidad.

Esta materia está regulada en la Ley de competencia desleal, que protege la competencia, prohibiendo todos aquellos actos de competencia desleal. Esta ley es aplicable a los empresarios y demás personas que participen en el mercado y la regla general se encuentra en el Art. 5: Se considera desleal todo comportamiento que se considere contrario a las exigencias de la buena fe.

En los Art. 6 y siguientes se recogen toda una serie de conductas que se consideran actos desleales:

- *Actos de confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajeno.*
- *Actos de engaño*, la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas o la omisión de las verdaderas que sea susceptible de engaño a las personas a la que se dirige.
- *Actos de denigración*, es decir, las manifestaciones sobre un tercero que menosprecien su crédito en el mercado, salvo que sean exactas, verdaderas y pertinentes.
- *Actos de comparación*, se considera desleal cuando se refieren a aspectos que no sean análogos, que no se puedan comprobar o que no sean relevantes.

En general, el catálogo de conductas desleales se suele dividir en 3 grandes grupos:

- ◆ *Actos de deslealtad frente a los competidores* (comparación, denigración, imitación).
- ◆ *Actos de deslealtad frente a los consumidores* (confusión, ventas a pérdida).
- ◆ *Actos de deslealtad frente al mercado* (venta a pérdida, actos de discriminación).

En cuanto a la represión de estas conductas, la ley tiene 6 acciones:

- *Acción declarativa*: Persigue que el juez declare la deslealtad del acto.
- *Acción de cesación*: Persigue que cese el acto.
- *Acción de remoción*: persigue que se subsanen los efectos producidos por el acto.
- *Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.*
- *Acción de indemnización de daños y perjuicios.*
- *Acción de enriquecimiento injusto.*

La publicidad comercial como instrumento de la competencia.

Esta materia está regulada por la ley 34/1988 de 11 de Noviembre General de Publicidad y entonces considera

ilícitas prácticamente los mismos tipos de publicidad que de conductas desleales.

TEMA 4: LA ORDENACIÓN DE LA EMPRESA.

• La libertad de empresa. Sus manifestaciones. El acceso al mercado.

La libertad de empresa está recogida en el Art. 38 de nuestra Constitución y también se denomina libertad de industria y de comercio y puede decirse que otros derechos como el de la propiedad privada, de asociación, de fundación, el de libre elección de profesión ... están muy vinculados al de libertad de empresa.

Esta libertad de empresa tiene 3 grandes manifestaciones:

- Libertad de acceso al mercado y de creación de empresas.
- Libertad de ejercicio.
- Libertad de cesación o salida.

1.- Libertad de acceso al mercado y de creación de empresas: Hoy día la iniciativa empresarial es libre en sentido de que no es necesario pertenecer a un gremio o a una corporación para ejercitar una actividad económica. Como regla general la creación de empresas es libre y también lo es la adquisición de las que ya existen. A pesar de esta libertad, el Derecho puede exigir una autorización previa y así ocurre de hecho en las empresas de seguros y en las financieras y en otros casos, el Estado se puede reservar la planificación general sobre su regulación, tal y como lo permite el Art. 128 de la Constitución.

Esta libertad de empresa también conlleva la elección de la forma societaria y la actividad empresarial.

En los casos en que sea necesaria la autorización administrativa, no podrá realizarse la inscripción en el registro mercantil mientras no conste dicha autorización.

La ley (Art. 13 y 14 del Código de comercio) establece una serie de incompatibilidades para ser empresario: los quebrados mientras no hayan sido rehabilitados, tampoco los magistrados ni todos aquellos que resulten afectados por la legislación vigente ...

2.- Libertad de ejercicio: Posibilidad de adaptar libremente decisiones en la empresa y elegir la estructura adecuada, muy relacionado con esto está la libertad de competencia y de contratación.

3.- Libertad de cesación o salida: No existe una obligación de continuar indefinidamente la actividad empresarial, la ley permite adoptar medidas de conflicto colectivo o acudir a los procedimientos de insolvencia, la salida también puede tener lugar por el fallecimiento o la inhabilitación del empresario.

• La libertad de organización empresarial. Las formas de organización empresarial.

Los empresarios pueden ser personas físicas o jurídicas, si es física responde con sus bienes presentes y futuros de la actividad empresarial y esta responsabilidad la puede alcanzar como consecuencia de un contrato (contractual) o al margen de un contrato (extracontractual), también es responsable de los daños causados a las personas a su cargo en el ejercicio de sus funciones.

Régimen del comerciante casado.

Desde 1975, en España, la mujer que quiere ejercer la actividad empresarial no requiere autorización marital. Desde 1981 en España existen 3 regímenes matrimoniales:

- Gananciales

- Separación de bienes
- Participación en las ganancias

Los mas utilizados son gananciales y separación de bienes.

El régimen de gananciales está regulado en el Código Civil (Art. 1315 y siguientes) conforme a este régimen, existen 2 tipos de bienes:

- Privativos: Son aquellos que son propios de cada cónyuge, son aquellos que se adquieren a título gratuito (herencia, legado o clonación) y también los que se tenían con anterioridad al matrimonio.
- Gananciales: Son aquellos que cada uno de los cónyuges adquiere con su trabajo, ya sea por cuenta ajena o por propia, y estos bienes pertenecen a la sociedad de gananciales cuyos miembros son el hombre y la mujer.

Las normas que el Código de Comercio tiene sobre el comerciante casado se refieren al régimen de gananciales, contenidos en los Art. 6 y siguientes.

Art. 6 En caso del ejercicio de comercio con una persona casada, quedan obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los que adquiera como consecuencia de esas resultas y para que queden obligados los demás bienes comunes es obligado el consentimiento de los 2 cónyuges.

Art. 7 Este consentimiento se presume obligado si se ejerce el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo.

Art. 8 También se presume prestado el consentimiento si al contraer matrimonio uno de los cónyuges ejercía el comercio y lo continuó sin oposición del otro.

Art. 9 El consentimiento para obligar los bienes propios del otro cónyuge deberá ser expreso en todo caso.

Art. 10 El cónyuge puede revocar libremente el consentimiento al que se refieren los artículos anteriores.

Art. 11 Los actos de consentimiento, de oposición y de renovación deben constar a efectos de terceros en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil y los de revocación no pueden perjudicar en ningún caso los derechos adquiridos con anterioridad.

Lo dispuesto en los artículos anteriores se extiende sin perjuicio de pacto en contrario, contenido en capitulaciones matrimoniales inscritas en el Registro Mercantil.

La otra forma de organización empresarial son las personas jurídicas.

Hoy ha proliferado sobre todo en el caso de las sociedades de capital, que tiene limitada la responsabilidad a lo aportado por los socios.

Dentro de estas sociedades de capital, la S.A. se configura como la mas apta para la gran empresa, ya que va a permitir en su caso que las acciones coticen en la bolsa o captar capitales por medio de la emisión de obligaciones y además tienen un régimen mucho mas flexible en la transmisión de acciones.

La S.L. por el contrario se revela más apta para las sociedades familiares ya que exige menos capitales y tiene un régimen mas estricto en cuanto a la transmisión de las participaciones.

En Junio entrará en vigor, como especialidad de la S.L., la S.L. de nueva empresa, que tendrá un capital entre 3.000€ y 120.000€, no podrá tener mas de 5 socios, todas personas físicas y tiene grandes incentivos fiscales.

Las S.A. y las S.L. pueden ser asimismo Sociedades Laborales, el calificativo de laboral conlleva también beneficios fiscales para la sociedad cuyos socios al menos en un 51% deben ser trabajadores con contrato indefinido.

Otro tipo de sociedades jurídicas son las Sociedades Personalistas, que pueden ser colectivas y comanditarias, que se caracterizan porque los socios van a responder con su patrimonio en caso de que el de la sociedad sea insuficiente. Otro tipo de personalistas son las cooperativas, aquí el papel esencial no lo tiene el capital, que suele ser bajo, sino el socio o cooperativista, ya que se compromete a participar en la actividad de la cooperativa y en caso de que haya beneficios, su remuneración va a ser proporcional a su aportación a dicha actividad. En cuanto a la toma de decisiones, la importancia del socio se manifiesta en que cada socio va a tener un voto, con independencia de su participación en el capital. Las cooperativas tienen incentivos fiscales porque cubren necesidades de los socios y en ellos se rige el principio de libre adhesión y baja voluntaria.

Otra persona jurídica es la Sociedad Europea, cuya existencia se producirá a partir de Octubre del 2.002, actualmente existe un reglamento de la UE de 2.001 y una Directiva sobre la participación de los trabajadores en ella. Esta sociedad tiene un capital mínimo de 120.000€ y su domicilio en el interior de la UE y en su denominación deberá aparecer: SE (Sociedad Europea).

Las actividades empresariales en ocasiones también son realizadas por personas jurídicas que no son empresarios, por ejemplo por sociedades civiles o también por formaciones o por asociaciones.

Luego hay personas físicas que también realizan actividades empresariales y que tradicionalmente se ha discutido si son o no empresarios, en concreto los profesionales liberales (abogados, arquitectos, artesanos...).

3. El Estatuto del empresario.

Tiene 4 aspectos fundamentales:

1. Publicidad oficial llevada a cabo a través del Registro Mercantil: El Registro Mercantil es un instrumento de publicidad cuyo fin es hacer accesible al público ciertos datos relevantes para el tráfico mercantil o empresarial, está regulado en el reglamento del Régimen Mercantil de 1996.

Hoy día el Registro Mercantil constituye un registro de personas físicas y jurídicas pero solamente las jurídicas están obligadas a inscribirse, las físicas no lo están pero pueden hacer y la ley fomenta esta inscripción señalando que el empresario individual no inscrito no puede beneficiarse de los efectos de la inscripción.

Desde un punto de vista administrativo, el Registro Mercantil es una oficina pública que depende de la Dirección General de Registros y de Notariado, a cargo del Registro están los registradores mercantiles.

El Registro está compuesto por un Registro Mercantil Central en el que no se escriben datos, sino que solo tiene carácter informativo y centralizado de los datos que existen en los Registros Territoriales. Los Registros Territoriales, ubicados en las capitales de provincia, en Ceuta en Melilla, cuya función es la inscripción de las sociedades y de otras personas jurídicas mercantiles y de las modificaciones que afecten a su estructura y además tiene otras funciones complementarias como el nombramiento de auditores y de expertos independientes o el depósito de las cuentas anuales o la legalización de los libros de las empresas.

Principios del Registro Mercantil (EXAMEN).

- ◆ **Titulación pública** (Art. 18 del Código de Comercio y Art. 5 del Registro Mercantil): Según este principio la inscripción solo se practica en virtud de documento público.
- ◆ **Tracto sucesivo** (Art. 11 del Reglamento Mercantil): Según esto, para inscribir actos o

contratos relativos al sujeto es precisa la previa inscripción del sujeto y para inscribir actos que modifican o extinguen otros anteriores, es necesaria la previa inscripción de éstos.

- ♦ **Prioridad** (Art. 10 del Reglamento del Registro Mercantil): Una vez inscrito o anotado preventivamente un título en el Registro, no puede inscribirse otro de fecha igual o anterior que sea incompatible.
- ♦ **Legalidad o de calificación registral** (Art. 6): Los registradores califican bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la validez de su contenido y la capacidad y legitimidad de quien los otorga. Contra la decisión de un registrador que deniega un asiento cabe recurrir ante el propio registrador y en su defecto ante la Dirección General de Registros y Notariados.

Efectos de la inscripción (EXAMEN).

- ♦ **Publicidad formal**: Nos referimos a que el Registro Mercantil es público (Art. 23 del Código de Comercio). Hasta el 89 se permitía la exhibición directa de los libros, pero actualmente no se permite porque todo se ha informatizado y en el caso de que se solicite información sobre las cuentas anuales, se puede expedir mediante soporte informático.
- ♦ **Publicidad Material**: Se refiere a la eficacia del Registro frente a terceros y puede ser positiva (supone que el hecho inscrito es conocido por todos y puede oponerse frente a terceros aunque de hecho lo ignoren) o negativa (viene a significar que lo no inscrito no perjudica a terceros de manera que para el tercero es como si no existiera).

2. Obligación que le impone el Código de Comercio de llevar una contabilidad ordenada.

3. Procedimientos especiales en caso de insolvencia, que actualmente siguen siendo la suspensión de pagos y la quiebra: Actualmente cuando un empresario deviene insolvente, tanto él como sus acreedores pueden solicitar la quiebra o la suspensión de pagos, la quiebra está regulada en los Art. 874 y siguientes del Código de Comercio y la suspensión de pagos en la Ley de Suspensión de Pagos de 1922.

La quiebra está diseñada en principio para el empresario que no puede satisfacer sus obligaciones de manera definitiva, de manera que la suspensión de pagos en principio también está pensada para los empresarios con insolvencia provisional. La suspensión de pagos suele finalizar con un convenio entre el deudor y sus acreedores, pero si se acredita que la insolvencia es definitiva, el juez debe abrir el expediente de la quiebra, que termina normalmente con la liquidación de la empresa como regla general, la liquidación rige el principio de la paridad de acreedores, de manera que todos los acreedores menos los que sean privilegiados deben cobrar un porcentaje idéntico de sus créditos, los acreedores privilegiados son los que tienen garantía real (hipoteca, prenda ...) con preferencia para cobrarse su crédito con arreglo al producto obtenido en la enajenación del bien. Otros acreedores privilegiados son los que señala el Código de Comercio y las demás leyes, entre los mas importantes están los créditos por salarios devengados del último mes (Art. 22 del Estatuto de los Trabajadores).

Actualmente se ha aprobado un proyecto de ley concursal del 2002 que suprime o deroga las actividades, suspensión de pago y quiebra y establece un único procedimiento que es aplicable a los empresarios y cualquier persona natural. El concurso lo puede pedir el deudor o los acreedores y tiene como presupuesto la insolvencia del deudor.

4. Determinados contactos tiene carácter mercantil por el solo hecho de que intervenga el empresario.

Proyecto de ley concursal de 2002.

El proyecto de ley concursal de 2002 contiene una mejora considerable de redacción respecto al Código de Comercio y por eso puede valorarse de manera muy positiva. El proyecto opta por el principio de unidad de

procedimiento, de manera que existe un único procedimiento de concurso que permite distintas soluciones según la viabilidad o no de la empresa, por último también opta por el principio de unidad de sistema de manera que el juez de concurso va a conocer todas las cuestiones que se suscita, salvo las de índole penal. La ley prevé incluso la creación de los Juzgados de lo Mercantil.

El proyecto declara que tiene como finalidad la satisfacción de los acreedores y por eso elige el principio de la paridad de acreedores y lleva a cabo una reducción drástica de los privilegios existentes, solo van a ser créditos privilegiados los que se contienen en el principio proyecto.

Otra medida para satisfacer a los acreedores es acelerar el procedimiento exigiendo responsabilidad al la Administración Judicial y estableciendo unos plazos taxativos para llevar a cabo las actuaciones. La Administración Judicial está compuesta por un economista, un abogado y un acreedor y es la que se encarga de administrar todo el patrimonio y el procedimiento.

El concurso se declara por insolvencia del deudor, que consiste en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones, esta imposibilidad se presume cuando cesa en el pago de sus obligaciones o bien cuando existen obligaciones que afecten con carácter general a su patrimonio. El concurso lo puede solicitar el propio deudor o un acreedor

Una vez que se declara el concurso, se declara a los administradores judiciales y tiene lugar lo que se denomina la fase común, que tiene por objeto lograr un conocimiento exacto del activo y del pasivo del deudor y para eso los administradores judiciales deberán elaborar un informe en un periodo de 3 meses en el que explicarán esta situación y las posibilidades de continuación o no de la empresa.

Una vez terminada esta fase el juez abrirá la fase especial de convenio o de liquidación, la regla general es la regla de apertura de convenio y este convenio con los acreedores puede consistir en una quita que no podrá ser superior a la mitad de un crédito ordinario con una espera no superior a 5 años. El convenio además debe ir acompañado de un plan de pago de viabilidad de la empresa.

La otra fase especial es la de liquidación, que tiene carácter excepcional y solo se abre si el deudor opta por ella o si a pesar de que se aprobó un convenio luego ha sido incumplido o si ni siquiera se formularon propuestas de convenio. La apertura de la fase de liquidación tiene como efecto para el deudor que es suspendido en sus facultades de administración y de disposición. Si se trata de una persona jurídica, se disuelve y se produce la cesación de los administradores.

Por otro lado la Administración Judicial debe preparar un plan de liquidación que debe ser aprobado por el juez.

Por último, el procedimiento concluye con el cumplimiento de su fin, es decir, con la satisfacción de los acreedores o bien por el fracaso del procedimiento en el sentido de que no existen bienes y derechos suficientes para pagarles o bien porque se revoca la declaración de concurso.

4. La subordinación del interés general de la actividad económica y la intervención del Estado.

El principio de libertad de empresa no es un derecho de carácter absoluto sino que su ejercicio se lleva a cabo con las exigencias de la economía general y en su caso de la planificación económica y por eso pueden existir una serie de medidas que limiten esta libertad de empresa, por ejemplo medidas que imponen limitaciones a la actuación de los particulares y que están basadas en la defensa del orden público, por ejemplo en materia de medio ambiente y que pueden consistir también en autorizaciones previas.

En otros casos estas limitaciones pueden consistir en la limitación administrativa , es decir, en la sustitución de los órganos de gestión de una empresa por motivos de gestión pública.

Otra limitación es la establecida por el Art. 131 de la Constitución, actualmente existen programaciones económicas en sectores como el hidrológico, eléctrico o energético.

TEMA 5: LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

• **La libertad de contratación. El contrato entre la autonomía de la voluntad y la ley.**

En el Código Civil, Art. 1261, en el contrato concurren 3 elementos:

- ◆ Consentimiento
- ◆ Objeto
- ◆ Causa

Salvo que una norma lo diga, es indiferente la forma en que se haya celebrado un contrato, puede ser verbal, escrito, ante notario...

Como regla general, en nuestro Derecho, rige un principio fundamental que es la libertad de contratación o de autonomía de la voluntad, que está recogido en el Art. 1255 del Código Civil y según este artículo, las partes de un contrato pueden incluir los pactos, cláusulas y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarias a la moral y al orden público. Todo contrato celebrado entre 2 o mas partes les obliga como si fuera una ley (Art. 1089 y siguientes del Código Civil).

Como regla general los contratos son eficaces entre las partes que lo han celebrado y sus herederos. Actualmente se celebran infinidad de contratos a diario, pero la autonomía de la voluntad en estos contratos está muy limitada en el sentido de que la parte débil solo puede aceptar o rechazar el contrato, pero no puede negociar su contenido y en este sentido se habla de contratos de adhesión.

4.b. Las condiciones generales de la contratación. Su regulación.

Hoy día la celebración de contratos con unos cláusulados que han sido elaborados con anterioridad es mayoritaria en el sector privado y ha provocado que exista una normativa dirigida a impedir algunas que sean abusivas, por eso se habla de Contratos de adhesión o Condiciones Generales de la contratación, pero el significado es el mismo: Un contrato celebrado por medio de Condiciones Generales.

Estas condiciones generales responden a criterios de racionalización de la vida económica, ya que permite a los empresarios ahorrar tiempo y dinero.

En España están reguladas por la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación.

Conforme a esta ley, en el Art. 1, son condiciones generales las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por un de las partes, con independencia de la autoría material de las normas, de su extensión y de cualquier otra circunstancia, y que hayan sido redactadas con la finalidad de incorporarse a una pluralidad de contratos.

4 Requisitos:

1.- Carácter contractual

2.- Predisposición: Elaboradas antes del contrato

3.- Imposición: Se incorporan al contrato a iniciativa de una sola de las partes

4.- Generalidad: Redactadas para incorporarse a una pluralidad de contratos

Desde un punto de vista subjetivo, la ley se aplica a los contratos con condiciones generales celebrados entre un profesional y una persona física o jurídica, el adherente.

Las condiciones generales pasan a formar parte del contrato cuando el adherente acepte la incorporación al mismo y el contrato sea firmado, además todo contrato debe hacer referencia a las condiciones generales que se incorporan. La ley dispone que en caso de contratación telefónica o electrónica, debe constar en la forma en que se determine la aceptación de las condiciones generales.

La relación de las cláusulas generales debe ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez y las dudas que se susciten se resuelven a favor del adherente.

Acciones frente a las condiciones generales.

- Individuales:
- no incorporación
- nulidad
- Colectivas:
- declarativa
- cesación
- retractación

Según el Art. 7 no quedan incorporadas al contrato las condiciones generales en las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocerlas al tiempo de celebrar el contrato o si no han sido firmadas; tampoco quedan incorporadas las que no sean legibles o sean ambiguas, oscuras o incomprensibles.

Son nulas las condiciones generales que sean abusivas y aquellas que contradigan lo dispuesto en una ley imperativa o prohibitiva, y son abusivas todas aquellas cláusulas que en contra de las exigencias de la buena fe causan el perjuicio del consumidor con un desequilibrio importante en sus derechos y obligaciones.

La disposición adicional primera de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, enumera 29 cláusulas abusivas. La incorporación al contrato de una cláusula no determina que el contrato entero sea ineficaz, sino que el juez determinará si el contrato puede subsistir sin dicha cláusula y a tal efecto integrará el contrato con arreglo a la buena fe, al uso o a la ley, pero si la nulidad afecta a un elemento esencial del contrato, decretará la nulidad del contrato íntegramente.

En segundo lugar tenemos las acciones electivas en las que la ley permite a determinadas entidades como asociaciones de consumidores, al Instituto Nacional del Consumo, al Ministerio Fiscal o a los Colegios Profesionales, el ejercicio de las llamadas acciones colectivas, ya que entiende que permitir su ejercicio a los individuos es necesario pero ineficiente.

Estas acciones colectivas son 3:

- Declarativa: Persigue obtener la declaración judicial de que una determinada cláusula tiene carácter de condición general y actúa como presupuesto de los 2 siguientes.
- Cesación: Se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar sus condiciones generales, las que se consideren nulas, y abstenerse de usarlas en lo sucesivo.
- Retractación: Tiene por objeto obtener una sentencia que imponga al demandado el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideran nulas y de abstenerse de recomendarlas en el futuro.

TEMA 7: LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.

• La defensa del consumidor en la legislación europea y española.

El Tratado de Ámsterdam establece en el Art. 153 que la Comunidad Europea contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses de los consumidores y también proveerá su derecho a la información, educación y organización, de manera que se reconocen los principales derechos de los consumidores.

Es el Consejo, previo dictamen del Parlamento y previa consulta al Comité Económico y Social el que adoptará las medidas y de hecho, estas medidas se han materializado en numerosas directivas: la referente a la publicidad, a las cláusulas abusivas, al crédito al consumo, a los contratos celebrados fuera d los establecimientos mercantiles, sobre el comercio electrónico, sobre las acciones de decesación y sobre las ventas y garantías de los bienes de consumo.

En nuestro Derecho, en el Art. 51 de la Constitución, considera la defensa de los consumidores como un principio constitucional y dispone que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos. También promoverá su información y educación, fomentarán sus decisiones y las oirán en las cuestiones que puedan afectarles.

Este mandato ha dado lugar a toda una profusión de leyes y entra ellas destacan algunas como ley fundamental, la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU).

Por otra parte, en nuestro país, hay que tener en cuenta que las Comunidades Autónomas tienen atribuidas competencias en materia de protección a los consumidores, especialmente en lo relativo a la inspección, control y a la sanción de las infracciones administrativas cometidas, pero esta legislación no puede inmiscuirse en temas sustantivos, es decir, en temas de Derecho Civil o de Derecho Mercantil, ya que esta relación es competencia exclusiva del Estado.

• La Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios.

Conforme a esta ley, son consumidores y usuarios los destinatarios finales de bienes y servicios, siempre y cuando estos bienes no se vayan a volver a integrar en un proceso de producción, transformación o en general de comercialización. De todos modos este concepto es muy relativo porque las distintas leyes suelen aportar cada una su propio concepto de consumidor.

La ley enumera una serie de derechos básicos de los consumidores en el Art.2:

- ◆ Derecho a la protección contra los riesgos que pueda afectar a su salud o su seguridad, para esto en la práctica, se pone en conocimiento de los consumidores los riesgos que pueden prevenir de la utilización previsible de estos productos o servicios.
- ◆ Derecho a la protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y en particular frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.
- ◆ Normas sobre las acciones de promoción de ventas y sobre la reclamación y garantías posteriores a la celebración del contrato.
- ◆ Derecho a la indemnización o reparación de daños y perjuicios recibidos, conforme al Art. 25 de la Ley de Consumidores, los consumidores tienen derecho a ser indemnizados por daños y perjuicios sufridos. Además, el Art. 26 establece una regla general de que se responde cuando existe culpa, sin embargo el Art. 28 y la *Ley sobre responsabilidad civil por daños causados por defectuosos* imponen una responsabilidad objetivo, es decir, que no es necesario demostrar la existencia de culpa, el perjudicado tendrá que probar únicamente el efecto del daño y la relación de causalidad.

- ◆ Derecho a la información correcta sobre los distintos productos o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso o disfrute.
- ◆ Derecho a la protección jurídica, administrativa y técnica en situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión.
- ◆ Derecho a la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones que les afecten y la representación de sus intereses a través de las asociaciones y agrupaciones de usuarios.