
Concepte i subjectes en el dret mercantil

PID_00267393

Eduardo Valpuesta Gastaminza

Temps mínim de dedicació recomanat: 5 hores





**Eduardo Valpuesta
Gastaminza**

Catedràtic de Dret Mercantil de la
Universitat de Navarra.

La revisió d'aquest recurs d'aprenentatge UOC ha estat coordinada
pel professor: Miquel Peguera Poch (2019)

Segona edició: setembre 2019
© Eduardo Valpuesta Gastaminza
Tots els drets reservats
© d'aquesta edició, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realització editorial: FUOC

Cap part d'aquesta publicació, incloent-hi el disseny general i la coberta, no pot ser copiada, reproduïda, emmagatzemada o transmesa de cap manera ni per cap mitjà, tant si és elèctric com químic, mecànic, òptic, de gravació, de fotocòpia o per altres mètodes, sense l'autorització prèvia per escrit dels titulars dels drets.

Índex

Introducció	5
Objectius	6
1. Concepte i fonts del dret mercantil	7
1.1. Evolució històrica i concepte del dret mercantil	7
1.1.1. Breu referència històrica	7
1.1.2. L'etern problema del "concepte" del dret mercantil	9
1.1.3. Aspectes territorials del dret mercantil	10
1.2. Fonts del dret mercantil	11
1.2.1. Plantejament del Codi de comerç	11
1.2.2. El Codi de comerç i, en general, la legislació especial ...	12
1.2.3. Els usos de comerç	13
1.2.4. El dret comú	14
2. Subjectes del dret mercantil (I): l'empresari	15
2.1. Concepte d'empresari	15
2.2. Adquisició i pèrdua de la condició d'empresari	19
2.2.1. Consideracions generals	19
2.2.2. Capacitat legal, incompatibilitats i prohibicions	20
2.2.3. Empresari estranger	22
2.3. Responsabilitat de l'empresari	22
2.3.1. La responsabilitat patrimonial universal: delimitació del patrimoni de responsabilitat	22
2.3.2. Responsabilitat de l'empresari persona física: empresari casat, emprenedor de responsabilitat limitada	23
2.3.3. Responsabilitat contractual i extracontractual. Responsabilitat per productes defectuosos	25
2.4. Obligacions comptables	27
2.4.1. Raons de l'exigència d'una comptabilitat ordenada. Normativa comptable	27
2.4.2. Requisits de la comptabilitat. Valor probatori	29
2.4.3. Conservació dels documents comptables. Secret de la comptabilitat	30
2.4.4. Llibres dels empresaris	31
2.4.5. Els comptes anuals	32
2.4.6. Verificació dels comptes anuals. Auditoria de comptes	34
2.4.7. Dipòsit i publicitat dels comptes anuals	35
2.5. Auxiliars de l'empresari	36

2.5.1.	Plantejament general	36
2.5.2.	Apoderats de l'empresari: factor, dependent i mosso	36
2.5.3.	Agents comercials	38
2.6.	Empresa i establiment mercantil	39
2.6.1.	Consideracions generals	39
2.6.2.	Establiment mercantil. Especialment, les mercaderies. Establiment principal i sucursals	40
2.6.3.	Transmissió de l'empresa o de l'establiment	41
3.	Subjectes del dret mercantil (II): el consumidor.....	45
3.1.	Concepte de consumidor	45
3.2.	La "protecció del consumidor" en el dret privat actual	47
3.2.1.	Raons de la protecció del consumidor	47
3.2.2.	La protecció del consumidor en el dret privat actual: "generalització" de regles nascudes dins del "dret del consum"	48
3.3.	Normativa de protecció dels interessos de consumidors i usuaris	49
Resum.....	52
Exercicis d'autoavaluació.....	55
Solucionari.....	57
Glossari.....	59
Bibliografia.....	61

Introducció

En el grau de Dret és comú estudiar com a assignatura l'anomenat dret mercantil, que engloba una sèrie de continguts inicialment recollits pel Codi de comerç de 1885: el comerciant i el seu concepte i estatut, les societats mercantils, els contractes mercantils, els títols valor, el dret marítim i el dret de fallides. Avui dia, la majoria d'aquestes institucions ja no es regulen en el codi esmentat, sinó en lleis especials, però per tradició el contingut de l'assignatura es manté tal com era, amb canvis importants en l'enfocament de la regulació.

És fàcil identificar el dret mercantil amb el dret de l'empresa o de l'empresari. Així, s'estudiaria el règim jurídic de l'empresa (concepte i elements), dels empresaris persones jurídiques (societats mercantils, especialment les societats de capital), dels mitjans de pagament entre empreses (títols valor), dels contractes en què intervenen empresaris (contractes mercantils), i de la insolvència de l'empresari (dret concursal). En realitat, més que el dret de l'empresa/empresari, és el dret de l'activitat econòmica privada duta a terme en el marc del mercat; activitat econòmica en la qual els empresaris són els subjectes més qualificats o específics, però en la qual ha d'atendre's de la mateixa manera l'interès dels no-empresaris, o consumidors.

Dins d'aquest mòdul el que s'estudia és la part inicial o introductòria del dret mercantil, que és la relativa al concepte i les fonts, així com als subjectes que desenvolupen aquesta activitat econòmica privada. Exposades aquestes idees inicials, en la resta de mòduls s'anirà estudiant la institucionalització del mercat, la configuració jurídica dels empresaris persones jurídiques (dret de societats), els mitjans de pagament (títols valor), els contractes en els quals intervenen empresaris (bé entre empresaris, bé entre empresari i consumidor) i la insolvència dels subjectes (dret concursal).

Objectius

1. Comprendre com va sorgir el dret mercantil, com un conjunt de regles contraposades al dret civil llavors existent, i com ha anat evolucionant a través dels segles.
2. Comprendre els diversos conceptes del dret mercantil que se solen exposar i n'advertir els valors o enfocaments de cadascun.
3. Raonar sobre el concepte econòmic i jurídic d'empresari, i s'adoni de la seva qualitat fonamental d'iniciativa en l'activitat econòmica i com a organitzador d'elements de producció.
4. Aprendre les normes bàsiques de la capacitat de l'empresari, de manera que sàpiga qui no pot ser empresari o qui ho té prohibit.
5. Conèixer els trets fonamentals del règim de responsabilitat de l'empresari, especialment pel que fa al supòsit d'empresari persona individual casat, i d'algun règim especial de responsabilitat, com el de productes defectuosos.
6. Comprendre les raons per les quals els empresaris porten una comptabilitat, i el règim fonamental d'aquesta en els seus aspectes formals.
7. Raonar sobre l'empresa i sobre l'establiment com a conjunt ideal de béns, drets i relacions de fet, i entendre dels problemes que planteja la seva transmissió.
8. Comprendre el concepte de consumidor, les raons del seu especial règim jurídic de protecció i la normativa bàsica de regulació.

1. Concepte i fonts del dret mercantil

1.1. Evolució històrica i concepte del dret mercantil

1.1.1. Breu referència històrica

El dret mercantil va néixer a la baixa edat mitjana (segles X-XI), quan a Europa es va anar assentant una època de pau que permetia que els comerciants viatgessin oferint les seves mercaderies de fira en fira. Fins llavors, les contínues invasions i guerres havien ocasionat una economia d'autarquia, en la qual cada nucli urbà s'autoabastia amb el que produïen els seus habitants. Però la pau facilita aquest comerç interurbà de subjectes que van de ciutat en ciutat, així com l'activitat d'artesans i fabricants, que donen sortida als seus productes fora de la seva localitat, gràcies al fet que aquests comerciants els ofereixen en altres llocs. Doncs bé, per als "problemes" que sorgeixen arran d'aquest comerç interlocal el dret existent es mostrava totalment inadequat: era un dret agrari i familiar, amb elements "màgics" aportats per les tradicions bàrbares i amb elements del dret canònic poc adequats a una activitat lucrativa (prohibició del préstec amb interès, etc.).

Sorgeixen llavors costums creats pels mateixos mercaders en l'exercici de la seva activitat, que a més són "aplicats" per jutges que són els mateixos comerciants de cada ciutat. Els tribunals (consolats) són propis de les corporacions de comerciants, i decideixen els litigis basant-se en la bona fe i en l'equitat, per mitjà de processos àgils i ràpids. Aquest "dret del comerç" és, així, un dret enganxat a la realitat: creat per comerciants i aplicat per comerciants. Neixen, d'aquesta manera, institucions com la comissió mercantil (els artesans encarregaven al comerciant que vengués els seus productes en altres fires i es quedaven una comissió d'aquesta venda), la lletra de canvi (que evita portar diners en metàl·lic en els llargs viatges per camins insegurs), etc. Els usos es van compilant en les diverses fires i localitats, si bé són substancialment iguals a tot arreu perquè els comerciants nòmades els van estenent de manera uniforme.

Posteriorment, en arribar l'Estat modern el dret mercantil deixa de ser consuetudinari –creat pels mateixos comerciants–, i passa a ser un dret emanat del monarca, i a més aplicat per jutges professionals que no són comerciants. Les antigues recopilacions d'usos només són dret si reben la sanció del poder públic i es perd la frescor de la creació espontània de noves regles. L'Estat, a més, adopta els criteris capitalistes del tràfic comercial en la seva gestió eco-

nòmica i política (l'anomenat mercantilisme), la qual cosa a més fa que controli l'activitat comercial (autorització de les societats anònimes, privilegis per a l'exercici de la indústria, etc.).

La Revolució Francesa i l'època de la codificació suposen una nova visió d'aquest dret. L'abolició d'estaments i gremis fa que es consideri inadequat conceptuar el dret mercantil com un "dret dels comerciants" (un dret de classe), i per això els codis racionalistes de principis del segle XIX compilen les normes mercantils com a pròpies dels "actes de comerç", qualsevol que sigui la qualificació subjectiva de qui els faci. La doctrina que va intentar explicar així el dret mercantil durant el segle XIX va buscar com aïllar una matèria objectiva "mercantil". D'altra banda, el dret mercantil es considerava propi de l'activitat lucrativa dels comerciants i inversors, basada en la rapidesa i en la fàcil exigibilitat dels compromisos. Enfront del dret mercantil, el dret civil seguia construït sobre la base d'una economia agrària i conservadora, amb un *tempo* diferent i una major consideració personal (cal recordar al deutor que ha de pagar, cal concedir terminis de gràcia per al pagament, el préstec és sense interès, el mandat és gratuït, etc.).

A partir de mitjan segle XX, la realitat econòmica canvia diametralment respecte de segles anteriors. La "mentalitat econòmica lucrativa" s'ha generalitzat en tota la societat: tots utilitzem mitjans de pagament diversos, busquem oportunitats d'inversió quan tenim estalvis, demanem prestat per tal d'adquirir béns o gaudir de l'oci, exigim el compliment dels nostres crèdits amb rapidesa i precisió, etc. Això fa que ja no existeixi una "mentalitat lucrativa" diferent de la "mentalitat agrícola", sinó una generalització d'aquella. Per això, en molts països, i en el mateix dret de la Unió Europea, ja no es distingeix una activitat mercantil contraposada a l'activitat civil, de manera que no existeix un Codi de comerç contraposat al Codi civil (és així a Suïssa, Itàlia o Holanda), o no es distingeix un dret mercantil enfrontat al civil, sinó simplement un dret de l'activitat econòmica (a la Unió Europea). No obstant això, en altres països mantenim dues branques de l'ordenament separades, per raons de pur arrossegament històric, i també simplement docents (les assignatures de Dret civil i Dret mercantil, pròpies del Pla docent de 1954, han creat dos grups de docents, dues àrees de coneixement, etc.). Fins i tot, encara que la majoria d'estudiosos de dret civil i mercantil defensen que haurien d'unificar-se en un dret d'obligacions i contractes únic, perquè ja no existeixen dues mentalitats diferents que justifiquin la separació, recentment el Govern va encarregar la redacció d'un nou Codi mercantil. I aquesta redacció va mostrar que en un text que no ha arribat ni tan sols a ser projecte de llei, no només s'hi mantenia la distinció d'obligacions i contractes mercantils, sinó que a més se n'accentuava la separació en establir regles encara més radicalment diferents de les pròpies del dret civil (que, per tradició i per definició, és el "dret comú"). Per tant, avui dia a Espanya mantenim la realitat de dues matèries diferents (amb codis

propis i àrees de coneixement universitari separades), quan en la majoria dels altres països moderns ja no es manté aquesta distinció, ni tampoc s'hi basa el modern dret internacional del comerç i comunitari.

1.1.2. L'etern problema del "concepte" del dret mercantil

El fet que existeixi el "dret mercantil" com una matèria diferent obliga a proposar un "concepte" de dret mercantil que n'expliqui la distinció i autonomia respecte d'altres branques. Deixant apart construccions sobre el concepte que s'han anat succeint al nostre país, al final del segle XX la postura majoritària defensava que el dret mercantil és el propi dels empresaris i la seva activitat. Aquesta activitat empresarial té unes certes característiques contraposades a les de l'activitat no mercantil o civil: més rigor en l'exigència de les obligacions, rapidesa en el compliment, finalitat de lucre, etc. L'empresari és, així, el successor del "comerciant" dels codis vuitcentistes, i ja no hi ha cap problema a l'hora de delimitar una branca de l'ordenament basada en un grup de subjectes amb una dedicació professional específica (el dret de l'empresari), perquè això no implica un privilegi per a aquests subjectes, ni configura un "dret de classe".

Aquesta concepció, almenys teòricament, trobaria un cert suport en el Codi de comerç. Aquest codi pretén regular els "actes de comerç" (com abans he assenyalat, com una cosa diferent i independent de les qualitats subjectives dels qui els fan; com diu el codi, "siguin o no comerciants els que els executin"), i assenjala que es consideren actes de comerç els continguts en el Codi "i qualssevol altres de naturalesa anàloga" (art. 2.2 CdeC). Això refermaria que existeix una matèria "comercial" *per se*, i caldria definir-la o delimitar-la. I rastrejant els actes de comerç recollits en el codi, el comú a tots ells és el ser realitzats per empresaris dedicats professionalment a aquestes tasques previstes en la norma (comprar per revendre, transportar professionalment, etc. En aquest sentit, el codi es traïria a si mateix, ja que si bé els actes de comerç, en abstracte, no exigeixen la presència d'un comerciant, després en concret sí que els van caracteritzant per aquesta intervenció subjectiva).

Davant d'aquesta concepció, n'hi ha una altra (que professa qui això escriu) que defensa, més aviat, que l'actual dret mercantil és el dret de l'activitat econòmica privada duta a terme en el marc del mercat. En aquesta activitat un dels subjectes principals és, òbviament, l'empresari, però al seu costat se situa el consumidor, com a destinatari final dels productes, en igualtat d'"importància". No és que un "dret dels empresaris" suposi un "privilegi per als empresaris", però sí que confereix una certa preeminència a aquest subjecte, i sembla que exigeixi un estatut o unes regles especials, la qual cosa no és certa. És l'activitat comercial de producció de béns i serveis cap al mercat (i, en últim terme, cap al consumidor) la que genera unes característiques especials. Davant d'això, les obligacions i contractes civils són els que no s'ofereixen al mercat (per exemple, un veí o un parent ens transporta uns mobles amb la seva furgoneta particular, o ens deixa diners. Aquest veí o parent no es dedica a això, ni ho ofereix a qualsevol sinó únicament a nosaltres per aquesta rela-

ció personal específica. Igualment, una persona que conrea el seu hort per a consum propi no dirigeix la seva activitat al mercat, no ofereix el seu producte de forma generalitzada a qualsevol que desitgi adquirir-lo).

El dret mercantil és una de les divisions formals del "dret privat", caracteritzat per ser una relació entre iguals (entre persones amb el mateix poder o qualificació) basada en la negociació lliure (fixació lliure del preu i de les altres condicions del negoci). En canvi, el "dret públic" es caracteritza perquè l'Administració pública té una preeminència, basada en la seva teòrica defensa de l'interès general i el bé comú, i pot imposar als administrats una sèrie d'obligacions sense cap negociació, i sense una contraprestació (almenys, aparent) correlativa. Certament la caracterització del dret públic enfront del dret privat no és tan marcada i radical com solia ser, però segueix sent una forma vàlida d'explicar principis bàsics de les branques adscrites a cada divisió. De totes maneres, el dret mercantil (com en general totes les branques de l'ordenament) es va "administrativitzant" cada vegada més, ja que existeix una regulació administrativa de moltes de les actuacions típiques de l'activitat mercantil: marc de la competència, estatut de l'empresari, contractació amb consumidors, comerç minorista, mercats financers, etc. Per a alguns, es tracta del fet que l'interès general exigeix una regulació mínima de certs aspectes en les relacions entre particulars; per a uns altres, entre els quals em trobo, es tracta d'una inflació exagerada de la ingerència de l'Estat en les relacions privades, que en el seu intent "paternalista" de protecció imposa sovint la seva forma d'entendre com han de ser les relacions humanes.

Sigui com sigui, la distinció entre les diverses branques de l'ordenament jurídic és sempre artificial. De dret, només n'hi ha un, i únicament es comprèn bé en la seva integritat. El que passa és que per a estudiar-ho cal "trossejar-lo" d'alguna manera. La major part dels problemes reals tenen aspectes mercantils, fiscals, civils, administratius, etc., que mai han de perdre's de vista. Per això, també, la discussió sobre el "concepte" de dret mercantil no ha de portar-nos més enllà de buscar un concepte funcional que ens permeti explicar la raó d'aïllar aquest conjunt de matèries que, històricament, conformen aquesta branca de l'ordenament.

1.1.3. Aspectes territorials del dret mercantil

Cal destacar que avui dia bona part de l'activitat comercial té lloc en un àmbit internacional, entre empreses de països diferents, de manera que tan important com el dret nacional, i fins i tot més, ho és el dret internacional del comerç. Un dret globalitzat i realment uniforme, perquè existeixen nombroses normes que s'apliquen (en la majoria dels casos per voluntat de les parts) evitant els drets nacionals, que, sovint, resulten molt poc adequats per al tràfic internacional (per arrossegaments històrics en la regulació, per obsolets, etc.). Així, en matèria de compravenda o de transport existeixen convenis internacionals als quals s'ha adherit la immensa majoria dels països rellevants,

i en l'àmbit bancari i financer hi ha nombroses regles que són àmpliament acceptades per les parts a l'hora de tancar el seu negoci (regles sobre crèdits documentaris, sobre cartes de crèdit, sobre garanties autònomes, etc.).

Dins de la Unió Europea, el dret comunitari té una gran rellevància per al dret mercantil. La idea de crear un "mercat únic" obliga a dotar-lo de regles uniformes en nombrosos aspectes, alguns dels quals són mercantils. Per exemple, la competència lícita i lleial ha de practicar-se en tot el mercat comú, i per això una part del tractat fundacional es refereix precisament a la salvaguarda de la competència (vegeu-ho més endavant en el mòdul "La institucionalització del mercat"); o la llibertat d'establiment i circulació, que exigeix que els requisits de constitució i actuació de les societats mercantils es trobin harmonitzats (cosa que ha donat lloc a nombroses directives per a cohesionar aquesta regulació). Però la Unió no té competències en totes les matèries que, clàssicament, s'estudien en el dret mercantil. Així, no en allò tocant a la contractació privada. No obstant això, la protecció de consumidors (que sí que és competència de la Unió) ha donat lloc a la creació d'un cos normatiu molt important en aquest àmbit, que d'una o una altra forma s'ha anat generalitzant a tota la matèria contractual (en gran mesura perquè aquesta protecció del consumidor s'ha fonamentat en institucions clàssiques del dret d'obligacions i contractes). A més, com que tots els països comunitaris han ratificat els convenis internacionals rellevants (en matèria de compravenda o transport, per exemple), de fet en aquesta negociació internacional s'apliquen regles iguals. Per tant, bé com a dret comunitari en sentit estricte, bé com a dret de consumidors, bé com a dret internacional convencional, de fet a la Unió Europea les regles mercantils que es practiquen són iguals o semblants.

Finalment, cal destacar que les comunitats autònomes a Espanya també tenen certes competències que podríem considerar "mercantils", qüestió que serà tractada en l'epígraf següent, en parlar de les fonts.

1.2. Fonts del dret mercantil

1.2.1. Plantejament del Codi de comerç

D'acord amb l'art. 2 CdeC, "Els actes de comerç, [...] estiguin o no especificats en aquest Codi, es regiran per les disposicions que s'hi contenen; si no se'n té, pels usos del comerç observats generalment a cada plaça; i si falten ambdues regles, per les del dret comú". Es tracta d'una norma típicament vuitcentista, en la qual el dret especial mercantil s'entén contingut en el codi; supletòriament, s'aplicaria el costum mercantil; i supletòriament, el dret comú. Avui dia aquest ordre de fonts segueix sent el formalment vigent, si bé la realitat és una mica diferent.

1.2.2. El Codi de comerç i, en general, la legislació especial

Quan, l'any 1885, el Codi declarava com a primera norma d'aplicació el mateix Codi de comerç, era perquè en aquest es contenien totes les normes mercantils d'aquell moment; totes les normes especials respecte de les del Codi civil. Però des de llavors, sempre s'ha interpretat que en realitat la primera norma aplicable és la "norma mercantil", estigui continguda en el Codi de comerç o en una llei especial.

Avui dia, la importància real del Codi de comerç és mínima. En primer lloc, perquè aquest cos legal ha quedat "reduït" a molt poques normes, atès que la majoria del seu contingut s'ha regulat en lleis especials que han deixat "buits" els preceptes del codi. De 955 articles, només en queden formalment vigents poc més de 300, i molts d'aquests sense aplicació material real. La immensa majoria de la regulació mercantil està recollida en lleis especials, que, a més, en la majoria dels casos no es denominen formalment mercantils: per exemple, la llei de contracte d'assegurança o del transport terrestre no són lleis mercantils ni civils, ni qualifiquen de civil o mercantil aquest contracte concret. Per tant, més que parlar de la llei mercantil com a primera font, caldria dir que la primera font és la norma escrita que es refereix específicament a la institució de què es tracta (el contracte d'assegurança, el de transport terrestre de mercaderies, el comerç electrònic, etc.).

Per "legislació" ha d'entendre's norma escrita, emanada d'òrgans amb potestat per a dictar normes i que actuïn dins de les seves competències. Això inclou normes amb rang de llei i amb rang inferior a llei. I inclou, també, normes comunitàries (que en certs casos són pur dret intern, sense necessitat de cap acte d'autorització, desenvolupament ni adaptació), i autonòmiques (dictades dins de les competències de la comunitat autònoma), referides a aquesta institució en concret.

En principi, la legislació mercantil és una competència exclusiva de l'Estat (art. 149.1.6 CE), cosa lògica per a salvaguardar la "unitat de mercat". No obstant això, aquest punt de partida resulta molt relatiu quan s'intenta determinar què s'entén per "legislació mercantil", atès que en els mateixos preceptes constitucionals de repartiment competencial existeixen institucions "mercantils", com la propietat industrial o les bases de l'ordenació del crèdit, la banca i les assegurances (per la qual cosa sembla que no tot el "dret mercantil" és "legislació mercantil"), i en diversos estatuts d'autonomia es recullen competències de la comunitat autònoma en matèries relatives a qüestions de dret mercantil (com fires i mercats, protecció del consumidor, dret cooperatiu, etc.). Tot això fa que s'hagin plantejat bastants conflictes de competència (enfrent de normes autonòmiques que possiblement envaeixen legislació mercantil, o enfrent de normes estatals que possiblement envaeixen competències autonòmiques semimercantils) i que no estigui clar l'àmbit de regulació. De fet, quan una comunitat autònoma té reconeguda una competència i dicta normes en virtut d'aquesta, aquesta norma autonòmica regeix en el territori de la comu-

nitat enfront de la norma espanyola general. La Llei 20/2013, de 9 de desembre, de garantia de la unitat de mercat, pretén, entre altres qüestions, crear un marc únic de llibertat d'establiment i llibertat de circulació a tota Espanya. Això hauria de garantir a un empresari constituït d'acord amb la normativa aplicable al seu territori, poder oferir serveis en altres territoris amb normes autonòmiques o requisits d'accés a la condició d'empresari diferents.

1.2.3. Els usos de comerç

La referència als "usos de comerç observats generalment a cada plaça" és poc menys que anecdòtica. El dret mercantil sí que va ser, al començament, pur dret consuetudinari (vegeu el que s'ha dit anteriorment). Però avui dia la majoria de regles lògiques (que abans se seguien com a usuals) s'han recollit en normes escrites i per això regeixen per ser tal norma. Per això hi ha molt poques regles que es puguin qualificar de veritables "usos" o "costums", és a dir, com a regles d'actuació repetides en el tràfic comercial que són considerades obligatòries pels qui les apliquen. Quan es fa un acte tal com "s'ha fet sempre", molt poques vegades es creu que és obligatori actuar així; simplement es repeteix l'acte perquè és l'usual, però no perquè sigui obligatori. Segurament al segle XIX el dret consuetudinari devia tenir certa importància, però en el XXI no és més que un residu històric. De totes maneres, si realment existís un ús reconegut com a tal (i caldria acreditar-lo davant el tribunal, art. 1.3 Cc) seria obligatori, però només si faltés la norma específica mercantil o especial a aquest efecte (ús *praeter legem*, quan no hi ha llei).

L'art. 50 CdeC, en referir-se a les normes que regeixen els contractes mercantils, esmenta com a tals el codi, les lleis especials i el dret comú. Sembla, doncs, que exclou que es puguin aplicar els usos. Encara que la qüestió avui està mancada d'importància, en general s'entén que els usos també serien aplicables, abans que el dret comú, en matèria contractual (a favor vegeu STS de 9 d'octubre de 1981).

En l'àmbit internacional sí que existeixen nombrosos usos, nombroses regles no obligatòries que tanmateix les parts contractuals adopten per tal de regular la seva relació, perquè les consideren més adequades que no pas remetre's als drets nacionals. No obstant això, en la major part de casos no són veritables "usos" (obligatoris), sinó més aviat regles acceptades per les parts, que regeixen la seva relació per aquesta acceptació voluntària (no perquè siguin obligatòries per si mateixes). El que passa és que sí que existeix una "repetició" en aplicar-se aquesta mena de regles en totes les relacions internacionals, per voluntat de les parts. Es parla així d'una *lex mercatoria*, d'un conjunt de regles diferents dels drets nacionals, que els contractants adopten per a la seva relació (els incoterms, les regles sobre crèdits documentaris, sobre cartes de crèdit, sobre garanties a primera demanda, els principis Unidroit, etc.). Però aquesta *lex* no constitueix, en sentit estricte, llei ni costum.

1.2.4. El dret comú

Com a regla de tancament, a falta de norma especial o d'ús s'aplicarà el dret comú. Per dret comú s'entén el dret civil, i el principal problema es planteja si això inclou, quan existeixi, el dret foral. L'STS de 28 de juny de 1968 va aplicar el dret foral a una fiança mercantil, però aquest criteri després va ser rebutjat per altres decisions, com les STS de 16 de febrer de 1987 o de 3 de desembre de 1981. Es considera que la "unitat de mercat" exigeix que en matèria mercantil no existeixin especialitats en funció del dret foral (recordeu que en la legislació mercantil la competència de l'Estat és exclusiva, art. 149.1.6 CE). És lògic que el dret comú sigui el "supletori" quan en la llei especial no hi ha una regla específica per al problema de què es tracti. Però no perquè sigui "font del dret mercantil", sinó per la mateixa funció de dret supletori, de dret bàsic o comú per a allò que està mancat de regulació especial.

2. Subjectes del dret mercantil (I): l'empresari

2.1. Concepte d'empresari

Per a entendre bona part del dret mercantil cal detenir-se en les normes que regulen la constitució i actuació del seu subjecte més rellevant: l'empresari. No és que l'empresari sigui el "centre" d'aquesta branca de l'ordenament, ni és un "privilegiat", sinó que simplement el tràfic econòmic que és l'objecte d'aquesta matèria el duen a terme empresaris i, en la seva part final, empresaris i consumidors, i per això cal assenyalar quines normes regulen aquest subjecte específic.

Avui dia, determinar quan un subjecte és empresari o no és menys rellevant que fa uns quants anys. En èpoques passades, existia tot un "estatut jurídic de l'empresari", que significava unes normes específiques, però actualment les diferències són mínimes. Posem-ne un exemple, els empresaris i comerciants estan obligats a portar una comptabilitat (art. 25 i següents CdeC), però també hi ha altres subjectes que no són empresaris que també han de portar-la, obligats per normes fiscals o organitzatives pròpies d'aquest subjecte. De la mateixa manera, abans els empresaris insolvents se sotmetien a la fallida, i els no empresaris no insolvents, a concurs, i tots dos procediments eren bastant diferents pel que fa a rigor i abast; actualment, però, el procés és igual per a tots dos, el concurs (si bé el jutge competent sí que és diferent, jutge civil per a persones físiques no empresaris i jutge de mercantil per a empresaris, art. 85.6 i 86 ter.1 LOPJ. En això sí que és rellevant la condició d'empresari). Malgrat que les diferències no són pas tantes, segueix tenint interès precisar el concepte almenys per a aquests aspectes.

Des d'un punt de vista econòmic, se sol qualificar d'empresari el subjecte que organitza factors de producció (capital i treball) d'acord amb un sistema i un càlcul econòmic, per oferir béns o serveis al mercat. Els factors organitzats poden ser molts (una gran nau industrial, màquines, desenes de treballadors, etc.) o pocs (una taula, un ordinador i el treball del mateix empresari), el rellevant és que hi hagi un sistema organitzat d'actuació. No cal que l'empresa busqui un lucre econòmic, ni tan sols que tendeixi a cobrir els seus costos d'actuació, però sí que hi hagi un càlcul econòmic d'aquest cost i una previsió de la seva cobertura. Finalment, és rellevant que aquesta activitat es faci cap al mercat, perquè altrament no tindria transcendència externa. Característic de l'empresari és que ell té la iniciativa, una forma especial de desenvolupar la seva activitat que fa que reïxi o fracassi; i que ell assumeix el risc d'aquesta activitat, ja que inverteix en aquesta organització uns béns, i obtindrà beneficis si hi ha guanys, però assumirà les pèrdues si el negoci en genera.

Exemple

Una persona que administra el seu patrimoni mobiliari i el del seu cònjuge i fills no és un empresari; en canvi, si aquesta mateixa tasca la fa per assessorar tercers, sí que actua com a empresari. Precisament perquè la seva actuació té transcendència externa està obligat a complir una sèrie d'obligacions (comptabilitat, obligacions específiques dels intermediaris financers als mercats de valors, etc.).

Al principi se solia considerar l'ànim de lucre com un requisit del concepte empresa, però actualment la majoria dels autors admet que una organització empresarial pugui no buscar guanys, i fins i tot actuar generant pèrdues ja previstes, amb una finalitat concreta (per exemple, una empresa pública que ajuda sectors desprotegits, complint els requisits de les ajudes públiques).

Des del punt de vista jurídic, el rellevant més aviat és que l'empresari és aquell per compte del qual es fa una activitat empresarial. El Codi de comerç indica que són comerciants els qui tenint capacitat legal per a exercir el comerç, s'hi dediquen habitualment (art. 1.1r. CdeC). Amb això es vol dir que comerciant (actual empresari) és aquell per compte del qual s'exerceix el comerç, encara que no sigui qui materialment dugui a terme l'activitat empresarial. Quant a l'habitualitat, cal que no es dugui a terme un acte esporàdic sinó de forma continuada.

Per exemple, un inversor que ignora completament la gestió d'un negoci d'edició funda una editorial amb els seus diners, i hi posa al capdavant, com a gestor, un editor professional (confia que és un bon gestor i que generarà molts beneficis). L'empresari, en sentit jurídic, és l'inversor, ja que ell és responsable de les decisions (i dels guanys i les pèrdues) del negoci; però, en sentit econòmic, les decisions empresarials les pren el gestor (que, tanmateix, no participa en els guanys, perquè cobra un salari fix. Encara que també podria tenir una participació en aquests beneficis, com un incentiu per a desenvolupar bé la seva tasca). Els deutes del negoci, en aquest cas, són de l'empresari jurídic (l'inversor), encara que no prengui cap decisió (a part de la d'haver triat el gestor); ell ha assumit el risc de muntar l'empresa i designar aquest gestor.

Com es pot veure, en realitat el que fa empresari un subjecte no és el tipus d'activitat (pot ser fabril, industrial, d'oferta de béns o de serveis, etc.), sinó la forma de fer-la: l'organització dels mitjans de producció, la iniciativa, l'assumpció del risc, etc. Per exemple, diem que un club de futbol actua amb criteris empresarials (i no purament esportius) si busca fonamentalment la rendibilitat econòmica i es gestiona amb criteris de racionalitat econòmica.

Diferent del concepte abstracte, econòmic o jurídic d'empresari, és el concepte "legal", que resulta rellevant a certs efectes i per a àmbits concrets. El Codi mercantil parteix en el seu articulat d'un concepte imprecís de "comerciant", ja que estableix que ho és qui, tenint capacitat legal per a exercir el comerç, s'hi dedica habitualment (art. 1.1r. CdeC). Per altra banda, per a comprendre què és "exercir el comerç", sembla que cal recórrer a què està considerat "actes de comerç", que són "els compresos en aquest Codi i qualssevol altres de naturalesa anàloga" (art. 2.2 CdeC). D'acord amb això, caldria concloure que comerciant és qui habitualment fa actes de comerç compresos en el codi o de naturalesa anàloga. Precisament aquesta "naturalesa anàloga" requereix una interpretació per a determinar si, per exemple, un professional liberal que ofereix serveis al mercat fa un acte de comerç anàleg als compresos en el codi.

Altres normes més actuals aporten nous punts de vista quan delimiten el concepte d'empresari, tot i que en sentits molt diversos (depenent, lògicament, de l'àmbit d'aplicació d'aquesta norma). Així, en la Llei general de defensa de consumidors i usuaris (LGDCU), es considera empresari "tota persona física o jurídica, ja sigui privada o pública, que actuï directament o a través d'una altra persona en el seu nom o seguint les seves instruccions, amb un propòsit relacionat amb la seva activitat comercial, empresarial, ofici o professió" (art. 4

LGDCU. En aquest àmbit, "empresari" es contraposa a "consumidor"). La Llei 14/2013, de 27 setembre, de suport als emprenedors i la seva internacionalització (LAE), considera en el seu art. 3 com a "emprenedors" "aquelles persones, independentment de la seva condició de persona física o jurídica, que desenvolupin una activitat econòmica empresarial o professional, en els termes establerts en aquesta Llei". Per la seva banda, la Llei 20/2013, de 9 desembre, de garantia de la unitat de mercat, fa pivotar la seva normativa no ja sobre el subjecte "empresari", sinó sobre l'"operador econòmic", que es defineix com "qualsevol persona física o jurídica o entitat que dugui a terme una activitat econòmica a Espanya". Es tracta d'una nova opció per a un concepte ampli de subjectes que fan activitat econòmica al mercat, si bé el legislador evita utilitzar el terme "empresari". Com s'aprecia, totes aquestes definicions mantenen una alta imprecisió, però mostren que el concepte d'empresari és bastant ampli i que abasta activitats comercials, empresarials, ofici o professió (l'LGDCU), o activitats econòmiques o empresarials (la LAE), o activitat econòmica en general (Llei 20/2013, si bé per a qualificar-los d'"operadors econòmics").

Partint d'aquests conceptes, cal prendre partit en una discussió que té importància pràctica, i és la relativa a la consideració, actualment, com a empresaris, tipus de subjectes que tradicionalment s'han considerat com no empresaris. Aquest problema es planteja bàsicament amb dos grups de persones. En primer lloc, els professionals liberals, que amb la titulació adequada ofereixen els seus serveis (com a assessors, metges, farmacèutics, etc.) al mercat. Tradicionalment no eren considerats empresaris, perquè la seva organització era mínima i sovint no implicava més factors de treball que els propis (la seva actuació personal). L'"honorabilitat" d'aquestes professions, a més, feia que es veiessin com una activitat organitzada econòmicament amb criteris diferents dels purament empresarials (el professional cobra uns "honoraris" i fa més un servei públic que una activitat econòmica organitzada tendent a l'obtenció de beneficis). Fins i tot per raons deontològiques, es considerava que no podien utilitzar mecanismes que sí que estaven oberts als empresaris (per exemple la publicitat). Actualment, però, la majoria de professions liberals opera conformement a criteris empresarials d'organització de factors de producció i racionalitat econòmica, es finança als mercats de crèdit i, d'altra banda, compleix els requisits d'empresari (ofereix serveis al mercat). En segon lloc, les activitats agrícola, ramadera i artesanal han estat tradicionalment excloses també del concepte d'empresa. Les raons es comprenen, igualment, en el marc històric en el qual es formulava aquest tipus de judicis. L'agricultor i el ramader no actuen amb tècniques d'organització empresarial, la seva activitat no implicava mitjans de producció complexos i la seva actuació depenia de factors diversos i imprevisibles (climatologia, epidèmies, etc.). L'artesà, per la seva banda, no fa una producció en massa, implica una actuació personal (no la combinació de treball aliè), i no requereix complexitat d'organització. Avui dia tot això ha canviat completament, i les explotacions agrícoles i ramaderes solen ser grans produccions organitzades amb criteris empresarials d'actuació segons un pla, eficiència econòmica, finançament mitjançant entitats de crèdit, contractació d'assegurances per a evitar els danys, etc. Igualment l'artesà segueix fent

una producció personalitzada, però també s'organitza d'una manera diferent que abans, i d'altra banda compleix els requisits d'oferir béns al mercat. Per totes aquestes raons, es tendeix a considerar ara tots dos grups de subjectes com a empresaris (sempre que actuïn cap al mercat. No ho seria, per exemple, l'agricultor que conrea productes per a autoabastiment). De fet, se sotmeten, com qualsevol altre operador al mercat, a normes com les de competència deslleial (art. 1 i 3 LCD), o la prohibició d'acords col·lusoris i d'abús de posició de domini (art. 1 i 2 LDC); i d'acord amb l'art. 4 LGDCU són considerats empresaris "a l'efecte del que es disposa en aquesta norma" (això és, com a no consumidors, com a persones no protegides específicament com a consumidors).

Es poden fer infinites classificacions dels empresaris, per la qual cosa em referiré únicament a les que es consideren més rellevants. Pel tipus d'activitat, se sol distingir entre empresaris industrials, comercials i de serveis. Els primers són els productors de béns, bé a partir de matèries primeres, bé reelaborant, transformant o acoblant altres béns prèviament fabricats. Els comerciants són empresaris que es dediquen a comprar al productor (o intermediari) i revendre al públic. Les empreses de serveis poden fer infinitat de prestacions diverses (intermediació, assessorament, transport, dipòsit, etc.), i actualment cobren especial relleu les empreses de serveis financers (entitats de crèdit, empreses que intervenen en mercats de valors, asseguradores, etc.). D'una economia basada en la producció i distribució de béns pròpia del temps del Codi de comerç, s'ha passat a una economia amb preponderància del sector de serveis (i amb especial incidència, a més, en els serveis relacionats amb l'oci).

Per la mida de l'empresa, se sol distingir entre grans empreses i petites i mitjanes empreses (pimes). En ocasions aquesta distinció té importància normativa, ja que certs plans estratègics o ajudes financeres es dediquen especialment al sector de les pimes, i en aquest cas la mateixa normativa defineix, a aquests efectes, què es considera com a PIME. Amb caràcter general, hi ha una tendència doctrinal a considerar que el "petit empresari" hauria de gaudir d'un estatut propi, menys rigorós que el del "gran empresari" (amb algunes manifestacions normatives, com el PGC de petites i mitjanes empreses, o un règim fiscal específic en certs aspectes).

Per la condició dels titulars de l'empresa, sol distingir-se entre empreses privades i empreses públiques. En aquestes el soci únic és una entitat pública, o la majoria del capital és de subjectes públics. Sovint les entitats públiques fan activitats econòmiques en compliment de les seves finalitats d'interès general mitjançant empreses ordinàries, que se separen de l'ens que les crea com a persones jurídiques independents (encara que la titularitat del capital i el vot decisiu són en el poder públic). El poder públic pot participar en el mercat igual que els subjectes privats, perquè el nostre ordenament reconeix la "iniciativa pública en l'activitat econòmica" (art. 128.2 CE). Ara bé, quan concorre al mercat se sotmet a les mateixes regles que les empreses privades, de manera que, per exemple, en el supòsit de pèrdues haurà de recórrer al concurs i no podrà finançar-se amb càrrec a fons públics (regla de l'autofinançament). La

qüestió seria diferent en el cas que per llei s'hagués reservat al sector públic recursos o serveis essencials (art. 128.2 CE), cas en el qual no hi ha concurrència amb altres empreses, i a més les exigències de l'interès general poden justificar mesures antieconòmiques.

Pel que fa a això, existeixen tot un seguit de mesures adoptades dins del dret comunitari sobre el règim de les empreses públiques, de conformitat amb el qual es determina la subjecció al règim general de competència, i els supòsits excepcionals per a casos de gestió de serveis d'interès econòmic general o que tinguin el caràcter de monopoli fiscal, d'acord amb el que es disposa en l'art. 106 TFUE (antic art. 86 TCE).

Qualsevol societat mercantil en la qual participi, de forma directa o indirecta, el sector públic estatal per sobre del 50 per cent es qualifica com a "societat mercantil estatal", i encara que se segueix regint per la normativa pròpia del tipus social (societat anònima, de responsabilitat limitada, etc.), en certs aspectes i supòsits s'aplica la normativa jurídica pública (vegeu art. 111 i següents Llei 40/2015, de règim jurídic del sector públic, LRJSP). Existeixen també figures específiques com les "entitats públiques empresarials", organismes públics als quals s'encomanen activitats prestacionals, la gestió de serveis o la producció de béns d'interès públic susceptibles de contraprestació (art. 53 i següents LOFAGE i art. 103 i següents LRJSP).

Com a dades estadístiques rellevants, segons l'Institut Nacional d'Estadística el 2014 hi havia a Espanya 1.574.729 persones físiques empresaris, 92.986 empresaris societats anònimes, 1.137.696 empresaris societats de responsabilitat limitada i 313.899 empreses d'un altre tipus. L'any 2012, en què les dades es van presentar més desglossades, les xifres eren de 1.619.614 persones físiques empresaris, 6.600 societats anònimes, 1.125.041 societats limitades, 228 societats col·lectives, 9 societats comanditàries, 109.117 comunitats de béns, 20.990 cooperatives, 166.174 associacions i altres formes, i 8.717 organismes autònoms i altres.

2.2. Adquisició i pèrdua de la condició d'empresari

2.2.1. Consideracions generals

Per a adquirir la condició d'empresari l'única cosa que cal és exercir habitualment una activitat empresarial (una activitat econòmica organitzada racionalment i oferta al mercat). No cal inscriure's ni donar-se d'alta a cap registre formal. Per exemple, l'empresari persona física no ha d'inscriure's en el Registre Mercantil (encara que si ho fa, sí que podrà fer constar dades relatives a la seva empresa, cosa que li pot interessar); i l'empresari persona jurídica tampoc (si bé la falta d'inscripció podrà tenir alguna conseqüència perjudicial, com ser tractat com a societat irregular). L'art. 3 CdeC estableix la presumpció legal de l'exercici habitual del comerç des que la persona que es proposi exercir-lo anunciï per circulars, periòdics, cartells, rètols exposats al públic o de qualsevol altra manera, un establiment que tingui per objecte alguna operació mercantil. Com es pot veure, no és un requisit per a ser empresari, sinó una presumpció que qui s'anuncia és empresari.

Una altra cosa és que pel que fa a certs aspectes fiscals o administratius, s'imposin certs requisits formals per a efectes concrets, però en aquests casos l'incompliment tindrà conseqüències administratives car no impedirà que aquest subjecte sigui un empresari. Quant a la inscripció en el Registre Mercantil, és potestativa per als empresaris individuals, i respecte de persones jurídiques depèn de l'estatut de cadascuna d'elles, atès que n'hi ha que s'inscriuen en altres registres. En qualsevol cas, una entitat que no hi estigui inscrita, o que actuï abans d'inscriure-s'hi, si fa una activitat empresarial serà tractada com a tal, amb independència del règim jurídic societari que s'aparelli a la seva actuació. No serà, per exemple, societat anònima o limitada, o fundació, però serà empresari.

En el supòsit de certes activitats, cal obtenir una autorització administrativa, per exemple per a actuar com a entitats de crèdit, intermediaris als mercats de valors o asseguradors. Però, de nou, es tracta de requisits per a exercir adequadament tal activitat, no per a ser empresari. Si una entitat no autoritzada com a asseguradora concerta un contracte d'assegurança, serà un empresari, encara que els contractes que aquesta entitat hagi concertat siguin nuls (tot i que en cas de sinistre hauria d'indemnitzar l'"assegurat"; vegeu art. 4 LOSSEAR).

Igualment, la pèrdua de la condició d'empresari depèn de la dada fàctica del cessament de l'activitat empresarial (mort de l'empresari individual, dissolució i liquidació de l'empresari social, etc.). Aquesta dada també podrà fer-se constar en el registre corresponent, si el subjecte hi estava inscrit, però aquesta falta de constància no afectaria el cessament (encara que pot tenir conseqüències perjudicials per a l'empresari que no fa públic aquest abandó de la condició d'empresari). Finalment, en els supòsits de transmissió d'empresa, l'empresari transmetent deixa de ser-ho –tret que faci una altra activitat diferent, també constitutiva d'empresa–, i l'adquiridor passarà a ser el nou empresari que exerceix aquesta actuació.

2.2.2. Capacitat legal, incompatibilitats i prohibicions

La capacitat legal per a exercir el comerç és diferent en persones jurídiques o físiques. Per a les primeres, és necessari que estiguin constituïdes vàlidament (qüestió que depèn del seu règim jurídic concret, en funció que siguin societats civils, mercantils, associacions, etc.) i que no tinguin prohibit per la seva pròpia regulació l'exercici del comerç.

L'art. 4 CdeC estableix quina és la capacitat legal que s'exigeix a les persones físiques per a exercir el comerç: majoria d'edat i lliure disposició dels seus béns. Per tant, els menors d'edat i les persones que estiguin incapacitades (segons els art. 199 i següents Cc) no poden exercir el comerç. Això inclou els menors incapacitats, que encara que siguin majors d'edat per a certes coses, no poden disposar lliurement dels seus béns (vegeu art. 323 Cc, que exigeix el consentiment de terceres persones per a certes actuacions). Existeix un supòsit excepcional en el qual s'admet que menors i incapaços puguin exercir el comerç, que és el de continuar (mai iniciar) el comerç que haguessin exercit els seus pares o els seus causants; no obstant això, en aquest cas actuaran exercint el comerç

"per mitjà dels seus tutors" (art. 5 CdeC). En aquests supòsits, el comerciant, jurídicament parlant, és el menor o incapacat, si bé qui pren les decisions empresarials (el comerciant en sentit econòmic) seria el tutor.

Hi ha algunes restriccions, prohibicions i incompatibilitats per a exercir el comerç, de manera que fins i tot persones amb la capacitat legal per a fer-ho poden tenir vetada l'actuació com a empresari. En aquest punt sol distingir-se entre supòsits justificats per raons de política legislativa (prohibicions) o supòsits basats en possibles conflictes d'interessos depenent del càrrec o funció del subjecte (incompatibilitats). La conseqüència de la infracció d'aquestes prohibicions no és la nul·litat de l'activitat empresarial desenvolupada, sinó normalment la imposició de multes o sancions.

a) Prohibicions i incompatibilitats de caràcter absolut. Suposen que el subjecte que afecten no pot exercir cap tipus d'activitat empresarial enlloc del territori espanyol. Entre aquestes, la més rellevant pot ser la dels membres del Govern i els alts càrrecs de l'Administració general de l'Estat (art. 13 Llei 3/2015), els jutges i magistrats (art. 389.8. LOPJ), o els membres del Tribunal Constitucional (art. 159.4 CE).

b) Prohibicions i incompatibilitats de caràcter relatiu. Impedeixen al subjecte exercir certes activitats empresarials. Per exemple, el personal de les administracions públiques (funcionaris) no pot fer activitats privades, incloses les de caràcter professional, que es relacionin directament amb les que desenvolupi el departament, organisme o entitat on estigués destinat (art. 11.1 Llei 53/1984).

Aquestes prohibicions i incompatibilitats ho són no només per a exercir el comerç individual i directament, sinó també per a exercir-lo indirectament per mitjà de testaferrós, o per a actuar com a administrador de societats mercantils (art. 13 i 14 CdeC). El supòsit d'actuació per mitjà d'un altre (testaferro) seria el del subjecte culpable en una causa d'incapacitat o incompatibilitat, que exerceix de fet el control d'una empresa, la qual formalment apareix com una persona diferent d'ell (per exemple, subjecte amb prohibició que és accionista únic o soci majoritari d'una anònima que actua com a empresari; o subjecte amb prohibició que de fet pren les decisions en una empresa que està, formalment, exercida pel seu cònjuge). Per tant, no es tracta únicament de prohibicions per a actuar com a empresari individual, sinó també per a l'exercici indirecte del comerç per mitjà d'altres subjectes.

Diferent de les prohibicions i incompatibilitats és la "inhabilitació", que sofreixen els subjectes que hagin estat inhabilitats per decisió judicial en concursos qualificats com a culpables (art. 172.2.2. LC). Segons l'art. 13 CdeC, aquestes persones no podran exercir el comerç ni tenir càrrec ni intervenció directa

o administrativa o econòmica en companyies mercantils o industrials (l'art. 172.2.2n. LC només estableix una inhabilitació per a administrar béns d'altri, l'art. 13 CdeC l'estén a l'exercici del comerç amb els béns propis).

2.2.3. Empresari estranger

L'apartat primer de l'art. 15 CdeC estableix que els estrangers i companyies constituïdes a l'estranger podran exercir el comerç a Espanya, amb subjecció a les lleis del seu país, pel que es refereix a la seva capacitat per a contractar; i a les disposicions del codi, per tot el que concerneix a la creació dels seus establiments dins del territori espanyol, a les seves operacions mercantils i a la jurisdicció dels tribunals de la nació. Per tant, la capacitat per a contractar (per exemple, correcta constitució com a societat, regles d'actuació mitjançant representants o òrgans, etc.) es regeix per la llei nacional de l'empresari, mentre que l'actuació amb tercers a Espanya es regeix per la llei espanyola (per exemple, normes d'obertura de l'establiment, d'exercici del comerç a Espanya, normativa reguladora del contracte concret efectuat, etc.).

Aquesta regla general està matisada en el segon apartat d'aquest precepte, en precisar que serà sense perjudici del que en casos particulars puguin establir els tractats i convenis amb les altres potències. En aquest sentit, els nacionals de països comunitaris tenen un règim especial, ja que pel principi de llibertat d'establiment (art. 49 i següents TFUE), a un empresari constituït conforme a la seva llei nacional no se li poden exigir més requisits per a operar a Espanya (és l'anomenat "principi de passaport comunitari". Per exemple, un intermediari de valors d'un país comunitari pot actuar a Espanya i obrir sucursals, sense necessitat de l'autorització administrativa que sí que necessita una empresa espanyola per a actuar com a intermediari de valors a Espanya, art. 168 LMV).

2.3. Responsabilitat de l'empresari

2.3.1. La responsabilitat patrimonial universal: delimitació del patrimoni de responsabilitat

Com qualsevol altre subjecte, l'empresari respon dels seus deutes amb tots els seus béns, presents i futurs (art. 1911 Cc). La responsabilitat amb els béns futurs vol dir que respondrà amb els béns que siguin de la seva titularitat en el moment de venciment dels deutes, encara que siguin diferents dels que tenia quan els va contreure. El creditor no té una espècie de dret real per a accionar contra els béns que estiguin en el patrimoni del deutor en el moment de contreure el deute, sinó un dret personal sobre el deutor, que es farà efectiu sobre els seus béns en el moment del venciment.

En el supòsit d'empresari persona jurídica, la persona jurídica normalment respon amb tot el seu patrimoni, però "només" amb el seu patrimoni, el patrimoni social, i no el patrimoni personal dels socis. Això no suposa cap benefici

ni privilegi, sinó una simple aplicació de l'art. 1911 Cc i de la desvinculació de la persona jurídica respecte dels seus integrants. Si un empresari individual vol limitar, *de facto*, la seva responsabilitat a només certs béns, pot constituir una anònima o limitada unipersonal (art. 12 a 17 LSC). Ara bé, existeixen certes formes socials en les quals, per llei, a la responsabilitat amb el patrimoni social s'hi afegeix la responsabilitat subsidiària de tots o algun dels socis (per exemple, societats civils, societats col·lectives o comanditàries). Per tant, és la forma social adoptada la que determina amb quin patrimoni es respon dels deutes empresarials.

A part de la responsabilitat amb el patrimoni social, en alguns supòsits els creditors podran també accionar contra els administradors socials, si amb la seva actuació negligent han causat un perjudici il·lícit a tals creditors (art. 236-241 i 367 LSC, per exemple). Però això no suposa una ampliació de la responsabilitat patrimonial universal, ni una excepció a aquest principi, sinó simplement una aplicació de les regles de responsabilitat extracontractual (dany causat pels administradors socials a tercers).

2.3.2. Responsabilitat de l'empresari persona física: empresari casat, emprenedor de responsabilitat limitada

La regla general admet matisos en diversos supòsits. Així, l'empresari persona física casat (o, en certes comunitats autònomes, que tingui "parella de fet") està sotmès a un règim especial quant a les conseqüències patrimonials que tingui la seva actuació empresarial. El matrimoni no limita la seva llibertat d'exercir el comerç, però sí que pot incidir en l'afectació dels patrimonis. La regla general és que si bé pot ser que ell hagi afectat o destinat a l'empresa certs béns concrets, respon dels deutes empresarials amb tots els seus béns presents i futurs (art. 1911 Cc, tret que s'hagi constituït com a "empresari individual de responsabilitat limitada", vegeu-ho més endavant). La qüestió és saber si poden quedar afectats, a més, els béns comuns (en el cas que hi hagi un règim de guanys o similar) i fins i tot els del cònjuge o parella. Podem agrupar les normes entorn de quatre regles:

a) Del compliment dels deutes assumits en l'exercici de l'activitat empresarial responen els béns privatis de l'empresari, i els adquirits amb els resultats de l'exercici del comerç (això és, els obtinguts amb el comerç, que en principi són de guanys, art. 1347.1r. Cc). L'empresari podrà alienar o hipotecar uns i uns altres (si no fos empresari, no podria disposar de forma unilateral d'aquests resultats del comerç ni hipotecar-los, per ser béns comuns, art. 1375 i 1377 Cc).

b) Perquè els altres béns comuns (els que no són resultat del comerç) quedin obligats, cal el consentiment de tots dos cònjuges (art. 6 CdeC *in fine*). Aquest consentiment es presumeix concedit si l'empresari exerceix el comerç amb co-neixement i sense oposició expressa del seu cònjuge (art. 7 CdeC); o quan en contreure matrimoni es trobés un dels cònjuges exercint el comerç i el continués sense oposició de l'altre (art. 8 CdeC). L'oposició a la qual es refereixen aquests preceptes és el fet que resultin afectes aquests guanys (no és oposició

al fet que s'exerceixi el comerç). Pel joc d'aquestes presumpcions, el més comú és que en la majoria dels casos responguin dels deutes de l'empresa tots els béns de guanys.

c) Per a obligar els béns privatis del cònjuge de l'empresari, cal el consentiment exprés de tal cònjuge (no hi ha presumpcions de consentiment, com en el cas anterior).

d) El cònjuge pot revocar en qualsevol moment el consentiment que hagi donat, bé l'exprés, bé el presumpte dels art. 7 i 8 CdeC.

Aquestes regles s'apliquen sense perjudici de pactes contraris continguts en capitulacions matrimonials degudament inscrites en el Registre Mercantil (art. 12 CdeC). En efecte, el règim econòmic matrimonial pot ser dissenyat lliurement pels cònjuges (art. 1315 Cc), els quals poden establir un règim de responsabilitat diferent, que una vegada inscrit en el Registre Mercantil serà així cognoscible, i oposable, als tercers que contractin amb aquest empresari individual. En tot cas, malgrat el que diu l'art. 12 CdeC, la doctrina entén que, si existeixen béns comuns, el pacte de les parts mai podrà excloure la responsabilitat "mínima" que estableix l'art. 6 CdeC: han de respondre, almenys, els béns privatis de l'empresari i els resultats del comerç. En els casos en què responguin els béns de guanys, el cònjuge no podrà exercir una terceria de domini quan s'embarguin aquests béns, atès que només té un dret expectant mentre no es resolgui i liquida la societat de guanys (STS de 30 de desembre de 1999 i de 21 de juliol de 2003). D'altra banda, no cal oblidar que és possible canviar el règim econòmic matrimonial durant el matrimoni, però tal modificació només operarà respecte de tercers per als actes celebrats després d'aquesta (art. 1317 Cc, la modificació del règim econòmic matrimonial duta a terme durant el matrimoni no perjudicarà en cap cas els drets ja adquirits per tercers).

Aquest règim específic del Codi de comerç és parcialment diferent del general del Codi civil (i, per tant, dels drets forals que resultin aplicables, segons el cas). Així, en el cas de no-empresaris tots els béns comuns responen dels deutes contrets per només un dels cònjuges en l'exercici de la seva professió, art o ofici (art. 1362.4.a Cc), mentre que si és empresari només en responen els resultats (si bé la regla dels consentiments presumptes normalment fa que responguin de fet tots els comuns). I en el cas de no-empresaris, un cònjuge no pot disposar lliurement dels béns adquirits en l'exercici de la seva professió, que són comuns, mentre que si és empresari sí que té llibertat per a fer això. L'art. 1365.2n. Cc expressament estableix que en el cas de cònjuge comerciant és prevalent el règim dels art. 6 a 12 CdeC enfront del general del Codi civil.

Si una persona física constitueix una societat unipersonal, de la qual és única sòcia, llavors deixa de ser empresari persona física i passa a convertir-se en persona jurídica (societat anònima o de responsabilitat limitada, vegeu art. 12 a 17 LSC). La societat unipersonal constitueix un instrument per a aconseguir una limitació de la responsabilitat al patrimoni que resulti ser de titularitat de la societat (i no al patrimoni del soci, encara que sigui el soci únic).

D'altra banda, els art. 7 a 11 LAE delimiten la figura denominada "emprenedor de responsabilitat limitada", que consisteix en un empresari persona física que, complint certs requisits, no respondrà dels seus deutes "empresarials" amb el

seu habitatge habitual. Com s'aprecia, la institució es diferencia molt de la figura "clàssica" de l'"empresari individual de responsabilitat limitada" (permesa per l'art. 7 de la Directiva 2009/102/CE –que substitueix la Directiva 89/667/CEE– i que consisteix en una persona física empresari que determina un patrimoni adscrit a la seva activitat empresarial, amb el qual respondrà dels deutes generats per tal activitat). En la llei espanyola l'"emprenedor de responsabilitat limitada" no especifica un patrimoni amb el qual hagi de respondre dels seus deutes empresarials, simplement és un empresari que no respondrà d'aquests deutes amb el seu habitatge habitual.

Bàsicament, els requisits són que l'habitatge habitual no tingui un valor superior a 300.000 € (art. 8.2 LAE); que el deutor no hagués actuat amb frau o negligència greu en el compliment de les seves obligacions amb tercers (art. 8.4 LAE); que l'empresari individual s'inscriuï en el Registre Mercantil i hi faci constar la seva condició d'"emprenedor de responsabilitat limitada", indicant l'actiu no destinat a la seva responsabilitat com a tal emprenedor (art. 9 i 14 LAE); i, per la seva oposabilitat a tercers, que la no subjecció de l'habitatge habitual com a resultat del tràfic empresarial o professional s'inscriuï en el Registre de la Propietat (art. 10 LAE). A més, haurà de formular i, si escau, sotmetre a auditoria els seus comptes anuals de conformitat amb el previst per a la societat unipersonal de responsabilitat limitada (art. 11 LAE). La figura es va crear amb la idea que els autònoms poguessin constituir-se com a "empresari individual de responsabilitat limitada", i així no respondre dels deutes generats per la seva activitat amb l'habitatge habitual; però l'èxit ha estat molt escàs, únicament 13 el 2013, 51 el 2014, 27 el 2015, 12 el 2016, 15 el 2017 i 10 el 2018 www.registradores.org

2.3.3. Responsabilitat contractual i extracontractual. Responsabilitat per productes defectuosos

La responsabilitat de l'empresari pot derivar del contracte o pacte entre les parts (contractual, art. 1088 i següents Cc), o del dany causat a un tercer amb qui no hi ha relació de negoci prèvia (extracontractual, art. 1901 i següents Cc). En tots dos supòsits, a més, l'empresari respon dels actes dels seus auxiliars, que al cap i a la fi actuen com a part integrant de l'empresa (expressament respecte de la responsabilitat extracontractual art. 1903.4 Cc. Sobre la vinculació de l'empresa pels actes dels seus auxiliars, vegeu més endavant).

Pel que fa a la responsabilitat contractual, té alguns matisos propis, caracteritzats en principi per més rigor en el compliment de les seves obligacions respecte del que seria exigible, per exemple, a un particular o a un consumidor. A això obeeixen les regles especials sobre obligacions i contractes mercantils contingudes en els art. 61 a 63 CdeC, entre d'altres, com la no-concessió de terminis de gràcia o la mora automàtica. En matèria d'ajornament del pagament i d'interès de demora existeixen uns terminis màxims d'ajornament i un interès mínim de demora quan el deutor és un empresari (Llei 3/2004, que estableix mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials). Encara que algunes d'aquestes "diferències" són cada vegada menys rellevants, no és, en definitiva, igual el paràmetre de diligència exigible a l'empresari (empresari lleial) que al particular ("bon pare de família", art. 1104.2 Cc).

En matèria de responsabilitat extracontractual, es manté legalment la regla segons la qual es respon per danys causats per culpa o dol (art. 1902 Cc), i no per cas fortuït. Però aquesta regla de responsabilitat per culpa ha estat força

inflüida per la jurisprudència i la doctrina, que de vegades ha defensat la "inversió de la càrrega de la prova" per als danys causats per empresaris: el causant n'haurà de respondre, tret que provi que va emprar tota la diligència deguda en la seva actuació (això és, que el dany es deu a cas fortuït o força major). Amb això no s'està defensant una "responsabilitat objectiva", però sí que de fet s'aconsegueixen resultats materials semblants. Aquestes idees s'apliquen especialment quan l'activitat de l'empresa és potencialment perillosa *per se*, i en aquests casos sol existir fins i tot legislació especial que imposa regles específiques, més rigoroses. Destaca en aquesta matèria la Llei 26/2007, de responsabilitat mediambiental, que imposa mesures concretes de prevenció i evitació de risc mediambiental a tota activitat econòmica o empresarial (art. 3.2), i que a més estableix una responsabilitat objectiva ("encara que no existeixi dol, culpa o negligència", art. 3.1), per als danys causats per certes activitats que són especialment perilloses en aquest sentit, i que es recullen en l'annex III de la norma.

Dins del règim especial agreujat, que abasta possibles supòsits tant de responsabilitat contractual com extracontractual, cal fer una especial referència a la "responsabilitat civil pels danys causats per productes defectuosos" (actualment recollida en el text refós de l'LGDCU, art. 128 a 149). Per "producte defectuós" entén la llei aquell que no ofereix la seguretat que se'n pot legítimament esperar, tenint en compte totes les circumstàncies i, especialment, la seva presentació, l'ús raonablement previsible del producte i el moment de la seva posada en circulació; especialment, és defectuós si no ofereix la seguretat normalment oferta pels altres exemplars de la mateixa sèrie (art. 137 LGDCU). Per tant, no ho és tot producte "amb defectes", sinó aquell que és "insegur" i causa danys personals o materials. Els productes amb defectes (d'acabat, estètics o funcionals) que no siguin insegurs es regeixen per les regles generals de reclamació per falta de conformitat o vicis aparents i ocults, responsabilitat per compliment correcte, etc. (art. 128.2 LGDCU).

Aquest règim específic es limita, a més, a cert tipus d'objectes i de danys. Quant al tipus de productes, se cenyeix als objectivament destinats a l'ús o consum privat i que en aquest concepte hagin estat utilitzats principalment pel perjudicat (art. 129.1 LGDCU. Encara que no s'utilitza el terme "consumidor" sinó el de "perjudicat", de fet s'identifiquen). En segon lloc, només es cobreixen els danys personals i els materials en productes diferents al defectuós (no se satisfan, per exemple, danys morals, ni tampoc els danys al mateix producte, que caldria reclamar d'acord amb la legislació general). A més, aquests danys es cobreixen amb uns límits quantitius.

Se sol afirmar que la responsabilitat del productor en aquests casos és quasi objectiva, ja que respon amb independència que existeixi culpa o dol en la seva actuació. En aquest sentit, l'art. 135 LGDCU estableix com a regla general que els productors seran responsables dels danys causats pels defectes dels productes que fabriquin o importin. No s'exigeix culpa ni negligència. A més, són ineficaços enfront del perjudicat les clàusules d'exoneració o limitació de

la responsabilitat contràries al règim legal (art. 130 LGDCU). Tanmateix, tot i sent això cert, no ho és menys que l'efectivitat d'aquesta responsabilitat queda atenuada tenint en compte dos aspectes. En primer lloc, l'art. 140 LGDCU estableix alguns supòsits taxats d'exoneració d'aquesta responsabilitat. I en segon lloc, el perjudicat ha de demostrar el defecte, el dany i la relació de causalitat entre tots dos (art. 139 LGDCU). Aquesta última regla de fet dificulta la reclamació, perquè ha de demostrar-se no només el defecte (que el producte "no ofereix la seguretat que se'n podia legítimament esperar"), sinó a més la relació de causalitat, i això no sempre és fàcil.

Un altre aspecte important d'aquesta regulació és que la responsabilitat afecta el productor, entenent per productor tant el fabricant com l'importador (art. 135 LGDCU). Fins i tot pot ser responsable, en certs casos, el proveïdor (si el productor o importador no poden ser identificats, i el proveïdor no desvela la seva identitat, art.138.2 LGDCU; i si va subministrar el producte sabent l'existència del defecte, art. 146 LGDCU). En existir diversos responsables, ho són solidàriament, i el que respongui té dret de repetició enfront dels altres segons la seva participació en la causació del dany (art.132 LGDCU). Com a regla general, l'acció prescriu al cap de tres anys del perjudici, però a més la responsabilitat queda extingida al cap de deu anys des de la posada en circulació del producte (art. 143 i 144 LGDCU).

2.4. Obligacions comptables

2.4.1. Raons de l'exigència d'una comptabilitat ordenada.

Normativa comptable

Tot empresari ha de portar una comptabilitat ordenada, adequada a l'activitat de la seva empresa (art. 25 CdeC). Tradicionalment s'ha assenyalat que existeixen tres grups de raons que justifiquen aquesta exigència, que a més es corresponen amb els tres grups de subjectes interessats en aquesta comptabilitat. En primer lloc, el mateix empresari necessita conèixer dia a dia la marxa econòmica de la seva empresa per a poder prendre les decisions oportunes, fer les seves previsions i comprovar el compliment de les seves expectatives. En segon lloc, els creditors que s'hi relacionen (entre els quals hi ha els seus proveïdors, els qui l'acrediten, fins i tot els seus socis i els seus treballadors) també tenen interès a comprovar-ne o conèixer-ne la solvència, per començar-hi relacions o mantenir-hi les que ja tinguin iniciades. I, finalment, l'interès públic exigeix poder-ne comprovar la situació econòmica per a molt diverses finalitats: comprovació de la capacitat econòmica per a fer un adequat gravamen per mitjà dels impostos, coneixement de la situació als efectes de subvencions o peticions d'ajuda, control dels comptes per als supòsits d'insolvència i concurs, etc. En definitiva, a diferència del particular, l'empresari té una dimensió externa

important, es relaciona amb gran quantitat de tercers i se li pot exigir un ordre en la gestió dels seus comptes que permeti conèixer-ne els moviments econòmics.

La gestió de la comptabilitat és un veritable "haver de", exigint per la llei. El seu incompliment, però, no porta aparellat sancions directes immediates, sinó més aviat conseqüències perjudicials en diversos supòsits. Així, en cas de concurs pot ocasionar la qualificació d'aquest com a culpable, amb importants conseqüències oneroses per als subjectes responsables de tal culpabilitat (art. 164.2.1r. –presumpció de culpabilitat del concurs per incorrecta gestió de la comptabilitat– i 172 LC). En ocasions, pot ser constitutiu de delictes (art. 290 i 310 CP, respectivament delictes de falsejament dels comptes anuals i delictes comptables –en el sentit de "delictes fiscals"–). I en diverses situacions administratives pot tenir conseqüències rellevants (no-obtenció de subvencions, prohibició de presentar-se a licitacions públiques, etc. A més, les entitats financeres i altres subjectes a règims especials estan sotmeses a la imposició de multes). Però, a més, un empresari que no tingui al dia els seus comptes (que ha d'aprovar i dipositar anualment en el Registre Mercantil) perdrà en moltes ocasions el "crèdit" davant de tercers, que ja no li prestaran o vendran perquè desconfien d'una solvència que ja no poden comprovar.

Tan rellevant com exigir la gestió d'una comptabilitat és que aquesta s'organitzi d'acord amb unes regles uniformes, iguals per a tots els subjectes (empresaris o no), que permetin a qualsevol persona dictaminar sobre la solvència, comparar la situació econòmica de diversos subjectes, conèixer els paràmetres que es tenen en compte en elaborar els documents comptables, etc. Si cada persona portés els seus comptes amb els "seus" criteris, no es compliria l'objectiu d'informar tercers (ni, possiblement, de servir l'organització interna de l'empresari). Per això, la llei imposa una forma concreta de portar la comptabilitat, amb requisits de configuració externa (legalització de llibres comptables, dipòsit dels comptes anuals, etc.) i de gestió interna (forma d'anotació de cada partida, elaboració de documents concrets i amb continguts específics, principis comptables, etc.).

La globalització econòmica, a més, imposa que la normativa interna per a elaborar la comptabilitat sigui tan uniforme com sigui possible a tots els països, perquè així tant es poden comparar els comptes d'un empresari nacional com els de qualsevol empresari estranger. Per això existeixen regles aprovades en l'àmbit internacional, que la majoria dels països assumeixen, per aconseguir aquesta uniformitat i que tothom pugui comprovar la situació econòmica de les empreses d'aquest país. Una entitat privada d'àmbit internacional, International Accounting Standards Board (IASB), formula una sèrie de normes que la majoria de països prenen com a criteri per a la seva normativa interna, les normes internacionals de comptabilitat (NIC) i les normes internacionals d'informació financera (NIIF). La Unió Europea al principi va pensar d'uniformar les normes comptables comunitàries, però després va optar pel seguiment de les NIC i NIIF esmentades (vegeu Reglament [CE] 1606/2002,

de 19 de juliol de 2002, relatiu a l'aplicació de les normes internacionals de comptabilitat). A aquest efecte s'han declarat aplicables aquestes normes a la UE, i s'exigeix que les societats que cotitzin en mercats de valors elaborin els seus comptes consolidats (els del grup de societats, vegeu-ho més endavant) segons aquestes normes, i que cada país de la Unió pugui, al seu torn, imposar també aquestes normes per als comptes anuals i per als comptes consolidats de les societats no cotitzades.

A Espanya, el Codi de comerç estableix una sèrie de regles generals sobre la comptabilitat en els seus art. 25 i següents, tant en els aspectes formals com en els materials. Aquesta normativa va ser modificada el 2007, mitjançant la Llei 16/2007, precisament per tal d'harmonitzar-la amb la normativa internacional, seguint el criteri abans assenyalat del Reglament comunitari 1606/2002. En desenvolupament d'aquestes normes legals s'han dictat el Pla general de comptabilitat (RD 1514/2007) i el Pla general de comptabilitat de petites i mitjanes empreses (RD 1515/2007), que estableixen detalladament la gestió material de la comptabilitat. Però, a més, han de tenir-se en compte les resolucions de l'Institut de Comptabilitat i Auditoria de Comptes (ICAC), que si bé no constitueixen normativa obligatòria sí que guien de fet els criteris de comptabilització dels operadors en aquesta matèria.

2.4.2. Requisits de la comptabilitat. Valor probatori

La comptabilitat exigida als empresaris ha de ser "ordenada, adequada a l'activitat de la seva empresa i que permeti un seguiment cronològic de totes les seves operacions" (art. 25 CdeC). En el requisit d'"ordenada" va implícita l'exigència que sigui conforme als criteris i a la normativa comptable abans esmentats (Pla general de comptabilitat). L'adequació a l'activitat de l'empresa es tradueix, entre altres regles, en el major o menor detall dels comptes a què acaba d'al·ludir-se en funció de la mida de l'empresa (pimes, microempreses, etc.). Permetre un seguiment cronològic implica que les partides s'anotin segons la data de l'acte que es detalla, per a poder conèixer la vida econòmica de l'entitat.

Per a garantir que els llibres comptables no es manipulin ni refacin, una vegada elaborats, la llei exigeix la "legalització" dels llibres obligatoris. Aquesta legalització consisteix que un tercer, una entitat pública, faci constar en cada llibre quants fulls té i en cada un hi posi un segell, de manera que l'empresari no podrà afegir ni suplantar els fulls (almenys, no podrà fer-ho sense que es noti). La legalització no suposa una comprovació del contingut dels llibres, ni una garantia de la correcta gestió ni del seguiment adequat dels criteris comptables, però almenys comporta un mínim control que els documents no s'alterin en el futur. Actualment, la legalització es fa en el registre mercantil del domicili de l'empresari (art. 27.1 CdeC). Fins ara la regulació reglamentària detallada la fixaven els art. 329 a 337 RRM, però el nou règim que s'estableix en l'art. 18 LAE sembla que deroga, tàcitament, algunes d'aquestes regles. L'art. 18 LAE generalitza que la legalització serà telemàtica i després d'haver emplenat

Exemple

Per regular la legalització dels llibres comptables s'han dictat per la DGRN les Instruccions de 12 de febrer de 2015 i 1 de juliol de 2015. Pot veure's informació pràctica a https://www.rmercantilmadrid.com/RMM/Servicios/Legalizacion_Libros.aspx.

el llibre en suport electrònic. Abastarà tots els llibres comptables que siguin obligatoris, i es farà abans que transcorrin quatre mesos a partir de la data del tancament de l'exercici.

La comptabilitat de l'empresari no té un valor probatori específic. L'anotació comptable d'una operació no prova que s'hagi fet, entre altres raons perquè l'anotació la fa l'empresari (o qui pel seu compte elabora els llibres, art. 25.2 CdeC) de forma unilateral. No hi ha cap comprovació objectiva, feta per un tercer imparcial, que aquestes anotacions es corresponen amb operacions reals. Per aquesta raó l'art. 31 CdeC estableix expressament que "El valor probatori dels llibres dels empresaris i altres documents comptables serà apreciat pels Tribunals conforme a les regles generals del dret". Constitueixen, així, un document més, que, unit a uns altres (com les factures signades per la contrapart, els comprovants de pagament, etc.), pot provar un fet; però l'anotació comptable, per si mateixa, no és prova d'aquest fet. Des d'una altra perspectiva, com a document elaborat per l'empresari constitueix una confessió extrajudicial d'ell mateix sobre les operacions que ha dut a terme, de manera que, per exemple, un proveïdor podrà utilitzar-la per a corroborar la realitat de la venda que ell afirma i que, a més, està reflectida en aquesta comptabilitat.

2.4.3. Conservació dels documents comptables. Secret de la comptabilitat

Els empresaris conservaran els llibres, la correspondència, la documentació i els justificants relatius al seu negoci degudament ordenats, durant sis anys, a partir de l'últim assentament fet en els llibres, llevat del que s'estableixi en disposicions generals o especials (art. 30.1 CdeC). L'obligació persisteix fins i tot en els casos de cessament de negoci, i, si es tracta d'empresari individual que mor, l'obligació recau sobre els seus hereus (art. 30.2 CdeC). La falta de compliment d'aquest deure jugarà en contra seva en el cas de possibles reclamacions, ja que si no guarda la documentació de les operacions fetes no podrà utilitzar al seu favor el que d'aquesta es desprengués, i d'altra banda se li podrà imputar una negligència, o fins i tot una ocultació dolosa. Passats els sis anys, podrà destruir aquesta documentació, i no se li pot atribuir per això cap mena de negligència.

La comptabilitat és, en principi, secreta. Constitueix, per així dir-ho, la "intimitat econòmica" de l'empresari, que la utilitza per a la correcta organització de la seva activitat. Violar-la pot constituir un delicte de revelació de secrets (art. 197 CP), o qualificar-se com a competència deslleial (art. 13 LCD). En la majoria de les persones jurídiques, ni tan sols els socis o integrants poden accedir-hi lliurement. Ara bé, com que la comptabilitat també serveix interessos de tercers (proveïdors, treballadors, socis, Estat, etc.), aquests hi podran tenir accés en certs supòsits, quan ho justifiqui un interès legítim. Per això estableix l'art. 32 CdeC que "La comptabilitat dels empresaris és secreta, sense perjudici del que es derivi del que es disposa en les Lleis". Dins d'aquestes excepcions legals cobra especial rellevància la normativa que exigeix a certes entitats el di-

pòsit i publicitat dels comptes anuals. Així, per exemple, les societats de capital han de depositar i publicar aquests comptes en el registre mercantil del seu domicili (art. 279 a 284 LSC), de manera que "qualsevol persona podrà obtenir informació de tots els documents dipositats" (art. 281.2 LSC). Cal destacar, també, l'àmplia facultat d'examen de la comptabilitat que té l'Administració tributària en la seva actuació inspectora (art. 141 LGT).

A part d'aquests supòsits específics, el Codi de comerç regula dues excepcions al secret de la comptabilitat: a) la comunicació o reconeixement general dels llibres, correspondència i altres documents dels empresaris, que comprèn tota la documentació comptable, i procedeix en certs casos taxats: successió universal, concurs, liquidació de societats o entitats mercantils, expedient de regulació d'ocupació i quan els socis o representants legals dels treballadors tinguin dret a l'examen directe (art. 32.2 CdeC); i b) l'exhibició, que suposa l'examen de només certs documents comptables, "es limitarà exclusivament als punts que tinguin relació amb la qüestió de què es tracti" (art. 32.3 CdeC). Sobre aquest tema vegeu els art. 32 i 33 CdeC i 115 i 116 LJV.

2.4.4. Llibres dels empresaris

Dins dels documents comptables adquireixen especial rellevància els llibres de comptabilitat. Amb caràcter general, el Codi de comerç exigeix la gestió d'uns llibres obligatoris, i permet que se'n portin altres (els llibres potestatus). Els obligatoris han de legalitzar-se, i els potestatus poden fer-ho. Dins dels llibres obligatoris, dos són estrictament comptables (el llibre d'inventaris i comptes anuals i el llibre diari), i els altres són de caràcter societari.

El llibre d'inventaris i comptes anuals s'obrirà amb el balanç inicial detallat de l'empresa, i almenys trimestralment s'hi transcriuran amb sumes i saldos els balanços de comprovació. S'hi transcriuran també l'inventari de tancament d'exercici i els comptes anuals (art. 28.1 CdeC). El balanç és una relació dels béns que constitueixen l'actiu de l'empresari (béns, drets, etc.) i de les obligacions que formen el seu passiu (aportacions dels socis, deutes bancaris, deutes amb proveïdors, etc.), i constitueix una visió estàtica de la situació de l'empresa al començament i final d'exercici, i trimestralment. L'inventari és una relació dels béns de l'empresari, i s'exigeix només el del tancament d'exercici (que es podrà comparar amb el de tancament d'altres exercicis). Finalment, els comptes anuals són uns documents que es fan al final de l'exercici i que recullen la imatge fidel de l'empresa (s'estudiaran a l'epígraf següent).

El llibre diari registrarà dia a dia totes les operacions relatives a l'activitat de les empreses; tanmateix, cal fer l'anotació conjunta dels totals d'operacions per períodes no superiors a un mes, amb la condició que el seu detall aparegui en altres llibres o registres concordants, d'acord amb la naturalesa de l'activitat de

què es tracti (art. 28.2 CdeC). Com s'adverteix, és un llibre de molt més detall que l'anterior, que registra, directament o per remissió, totes i cadascuna de les operacions que ha fet l'empresari.

A part d'aquests llibres comptables, també existeixen llibres relatius a aspectes societaris la gestió dels quals és obligada, i que s'esmenten en aquest títol del Codi de comerç: els llibres d'actes (hi constaran tots els acords presos per la junta general i els altres òrgans col·legiats, art. 26.1 CdeC), d'accions nominatives (en societats anònimes i comanditàries per a accions que tinguin accions nominatives, art. 116 LSC), de socis (en les societats limitades, art. 104 LSC), o de contractes entre el soci únic i la societat (per a les societats unipersonals, art. 16.1 LSC).

A més d'aquests llibres obligatoris, l'empresari en pot portar d'altres (que no serà obligatori legalitzar). El més comú és que elabori també un llibre major, en el qual les operacions es computen agrupant-les en diversos comptes separats, cadascun relatiu a un tipus d'operacions. Així les operacions comptabilitzades en el diari amb criteri purament cronològic s'apunten amb criteri temàtic.

2.4.5. Els comptes anuals

En el tancament de l'exercici (que normalment serà el 31 de desembre de cada any), l'empresari haurà de formular els comptes anuals de la seva empresa (art. 34.1 CdeC). Amb independència de l'autor material d'aquests comptes (pot ser un empleat de l'empresa, que actua com a comptable), qui signa aquests comptes, i n'assumeix per tant la responsabilitat jurídica de la formulació, és, en el cas d'empresari individual, ell mateix; en el supòsit de societat amb socis il·limitadament responsables, aquests socis; i en la resta de societats, tots els administradors (art. 37.1 CdeC. Vegeu també art. 253 LSC). Quan l'empresa és societària, la formulació feta pels administradors va seguida de l'aprovació, o no-aprovació, de la junta general (per exemple, art. 272 LSC).

Els comptes anuals han de mostrar la "imatge fidel" del patrimoni, de la situació financera i dels resultats de l'empresa (art. 34.2 CdeC i 254 LSC). Aquest terme, que és traducció de l'expressió anglesa *true and fair view*, és la forma d'expressar que els comptes han de reflectir fidelment, amb tot realisme, la situació econòmica de l'empresa. Després de la formulació dels comptes, en certs casos escau que siguin verificats per experts independents, anomenats auditors de comptes. De vegades, i singularment les societats de capital, tant els comptes com l'informe d'auditoria es publiquen, de manera que els tercers poden comprovar-ne el contingut i l'opinió de l'auditor sobre el seu reflex de la imatge fidel. Aquests aspectes els tractarem més endavant.

Els comptes anuals estan compostos per cinc documents diferents, que són complementaris entre si. Alguns documents donen una visió estàtica de la situació empresarial, uns altres, una visió dinàmica, i uns altres afegeixen precisions sobre aspectes concrets. Per això els comptes són únics i formen una unitat, malgrat la pluralitat de documents.

a) **Balanç:** hi figuraran de forma separada l'actiu, el passiu i el patrimoni net (art. 35.1 CdeC). Es tracta d'una visió estàtica, en què es constata quin és l'actiu i passiu en un determinat moment, el del tancament de l'exercici, i també quin és el patrimoni net (això és, la part residual dels actius de l'empresa, una vegada deduïts tots els seus passius, art. 36.1.c) CdeC).

b) **Compte de pèrdues i guanys:** recollirà el resultat de l'exercici, separant degudament els ingressos i les despeses imputables a aquests exercici i distingint els resultats d'exploració que no ho siguin (art. 35.2 CdeC). S'expressa així una perspectiva dinàmica, dels ingressos i despeses que s'han produït, la qual cosa, al seu torn, determinarà que existeixin, per a aquest exercici, beneficis o pèrdues.

c) **Estat que reflecteixi els canvis en el patrimoni net:** posa de manifest els canvis que tenen lloc en aquesta xifra comptable (art. 35.3 CdeC).

d) **Estat de fluxos d'efectiu:** posarà de manifest els cobraments i pagaments fets per l'empresa, amb la finalitat d'informar sobre els moviments d'efectiu produïts en l'exercici (art. 35.4 CdeC).

e) **Memòria:** completarà, ampliarà i comentarà la informació continguda en els altres documents que integren els comptes anuals (art. 35.5 CdeC).

En les societats de capital de mida reduïda els documents es poden redactar amb un grau menor de detall (balanç abreujat, estat de canvis en el patrimoni net abreujat, compte de pèrdues i guanys abreujat, i memòria abreujada, vegeu els art. 257, 258 i 261 LSC. Si escau balanç abreujat no cal formular estat de fluxos d'efectiu, ni estat de canvis en el patrimoni net (art. 257.3 LSC). Si es compleixen certs requisits que evidencien una mida reduïda de l'entitat, a més, els comptes no se sotmetran, com a regla general, a auditoria (art. 263.2 LSC).

A part de la presentació i auditoria dels comptes de la societat, quan existeix grup de societats (sobre el concepte de grup en aquest sentit, vegeu art. 42 CdeC) la societat dominant ha de presentar, a més, els comptes consolidats del grup. En aquests comptes consolidats les participacions de la dominant en les filials es valoren en funció no del seu valor nominal, sinó del valor raonable de l'actiu de la filial, i s'eliminaran els debèbits i crèdits entre societats del grup (art. 46 CdeC). D'aquesta manera s'exposa quina és la situació econòmica global del grup, la qual cosa és molt important per als tercers (una societat dominant pot tenir un balanç molt sanejat, però si les filials del grup suporten pèrdues, la riquesa total del grup pot ser més reduïda). Els comptes consolidats, els aprova la societat dominant, i es dipositen i publiquen en el registre mercantil del seu domicili (art. 42.5 CdeC). Amb la promulgació de la Llei 11/2018, s'afegeix l'obligació que l'informe de gestió consolidat inclogui una informació "no financera" (sobre aspectes tals com informació sobre qüestions mediambientals, sobre qüestions socials i relatives al personal, so-

bre el respecte dels drets humans, o relativa a la lluita contra la corrupció i el suborn). Aquesta informació "no financera" també s'exigeix per a l'informe de gestió de les societats de capital de mida gran (vegeu art. 262.5 i 6 LSC).

2.4.6. Verificació dels comptes anuals. Auditoria de comptes

Una vegada formulats els comptes anuals, poden ser sotmesos a la verificació d'auditors de comptes en certs supòsits. Així, amb caràcter general, les societats de capital que compleixin certs requisits de mida, actiu i xifra anual de negocis (art. 263.2 LSC) han de sotmetre els seus comptes a auditoria abans de ser aprovats per la junta general, perquè així els socis disposin de l'informe d'auditoria abans de votar-ne l'aprovació. A part dels supòsits legals establerts per a cada tipus social, l'art. 40.1 CdeC determina que tot empresari tindrà l'obligació de sotmetre a auditoria els comptes quan així ho acordi el secretari judicial o el registrador mercantil, si acull la petició fundada de qui acrediti un interès legítim (vegeu a més art. 120 a 123 LJV. Per tant, no escau acordar automàticament tal auditoria, sinó que el secretari o registrador ha de considerar si la petició és fundada i si el sol·licitant té interès legítim). Si l'informe obté opinió favorable, es fa càrrec del cost de l'auditoria qui la va demanar (art. 40.2 CdeC).

A Espanya els experts que fan aquest treball d'auditoria són els auditors de comptes, l'activitat dels quals es regula a la Llei d'auditoria de comptes, 22/2015, de 20 de juliol (LAC). Aquesta norma trasllada la Directiva 2014/56/UE, i es coordina amb el que es disposa en el Reglament (UE) núm. 537/2014, sobre els requisits específics per a l'auditoria legal de les entitats d'interès públic. La llei fixa els criteris per a obtenir l'autorització com a auditor (art. 8 a 12 LAC), i els auditors es podran agrupar en societats d'auditoria (art. 11 i disp. addic. sisena LAC). L'auditor ha d'actuar amb escepticisme i independència, i per això no podrà fer un informe d'auditoria, entre altres incompatibilitats, qui en un altre moment hagi assessorat l'empresa en altres auditories (art. 16 a 21 LAC, norma que es preocupa especialment, d'acord amb normativa comunitària, per preservar la independència de l'auditor). La llei determina igualment una regulació de la responsabilitat civil de l'auditor, que respondrà pels danys i perjudicis econòmics que pogués causar la seva actuació professional, acció el termini de prescripció de la qual és de quatre anys des de la data de l'informe (art. 26 LAC. Vegeu quant a això STS de 7 de juny de 2012 i 3 d'octubre de 2012).

Per a fer el seu informe l'auditor ha d'examinar la documentació comptable de l'empresa auditada. L'auditoria dels comptes anuals consistirà a verificar aquests comptes amb la finalitat de dictaminar si expressen la "imatge fidel" del patrimoni, de la situació financera i dels resultats de l'entitat auditada, d'acord amb el marc normatiu d'informació financera que sigui d'aplicació (art. 4.1 LAC). L'opinió final de l'informe pot ser de quatre tipus: favorable; amb excepcions (favorable, però indicant alguns defectes o problemes d'informació); desfavorable (bàsicament vol indicar-se que els comptes no reflecteixen la imatge

fidel de l'empresa); o denegada (quan l'auditor no pot emetre opinió perquè no existeix suficient informació comptable, per exemple, o perquè la comptabilitat no s'ha portat amb la tècnica adequada, i això impedeix conèixer la situació real de l'empresa). Aquesta opinió suposa un informe per a l'entitat, socis i altres tercers del criteri de l'auditor (atès que normalment es publiquen tant els comptes anuals com l'informe d'auditoria), i per tant pot afectar considerablement la credibilitat de tals comptes i la veracitat de la informació que suposen. La jurisprudència considera que si l'opinió és desfavorable, els comptes no poden ser aprovats per la junta (i si s'aprovesin, l'acord d'aprovació seria impugnabile), mentre que si és "denegada" sí que podrien ser-ho segons cada cas, perquè les incerteses reflectides en la memòria no impedeixen necessàriament que els comptes reflecteixin la imatge fidel de la societat (STS de 9 de juliol de 2012 o de 8 de febrer de 2013).

2.4.7. Dipòsit i publicitat dels comptes anuals

Els comptes anuals i l'informe d'auditoria es dipositen i publiquen, en certs casos, en registres públics. Així, en el supòsit més rellevant, els de societats de capital, i col·lectives i comanditàries simples els socis col·lectius de les quals siguin societats, es dipositen i publiquen en el Registre Mercantil (art. 41 CdeC, i 279-284 LSC); les de les cooperatives es dipositen en el Registre de Societats Cooperatives (art.61.4 LCoop). D'aquesta manera els tercers gaudeixen d'un fàcil accés a tals comptes i poden comprovar-ne el contingut i l'opinió de l'auditor. La publicitat dels comptes és una més de les peces que aconseguen la transparència del mercat, atès que la situació econòmica de la majoria d'empresaris és accessible a tercers de tot tipus (consumidors, proveïdors, competidors, etc.). Igualment, la falta de dipòsit de comptes és una dada rellevant per a poder desconfiar d'aquest empresari que no compleix de forma regular amb aquesta obligació. La publicitat dels comptes dipositats es farà mitjançant certificació expedida pel registrador o per mitjà de còpia dels documents, a sol·licitud de qualsevol persona (art. 369 RRM). A més, el registrador comunicarà al Registre Mercantil Central el fet del dipòsit, i el *BORME* publicarà l'anunci de les societats que haguessin complert aquesta obligació de dipòsit (art. 370 RRM).

Actualment el més comú és fer el dipòsit de comptes mitjançant la tramesa d'un fitxer informàtic, cosa que ja està expressament admesa i regulada mitjançant la Instrucció de la DGRN de 26 de maig de 1999. El registrador qualificarà si conté tots els documents exigits, si han estat aprovats per la junta general o els socis, i si hi consten les preceptives signatures, i un cop verificat això considerarà dipositats els comptes (art. 368 RRM). En la línia apuntada a l'epígraf anterior, la doctrina registral ha entès que el registrador no hauria d'admetre el dipòsit si l'informe d'auditoria va ser desfavorable, i només en certs supòsits si l'opinió va ser denegada (vegeu, amb diversos matisos, RRDGRN d'1 d'agost de 2014, 11 de març de 2014, o 20 d'octubre de 2015). El registrador conservarà els documents durant sis anys, comptadors a partir de l'anunci del dipòsit en el *BORME* (art. 377 RRM).

La falta de dipòsit dels comptes és rellevant, ja que ocasiona, amb caràcter general, el "tancament del registre", això és, la impossibilitat d'inscriure-hi altres documents d'aquesta societat. En efecte, si transcorre un any des de la data del tancament de l'exercici sense efectuar-se el dipòsit, el registrador no inscriurà cap document (excepte en certs supòsits, vegeu art. 378 RRM). A més d'aquesta

regla general, normes específiques imposen altres sancions (per exemple, l'art. 283 LSC fixa multes per a la societat). Finalment, la falta de dipòsit tampoc és un bon indicatiu per als tercers, que desconfiaran de la solvència d'una societat que no fa pública la seva situació econòmica.

2.5. Auxiliars de l'empresari

2.5.1. Plantejament general

Com resulta obvi, l'empresari ha d'utilitzar els serveis d'una gran quantitat d'auxiliars o col·laboradors, en sentit ampli, que l'ajudin bé a dur a terme l'activitat pròpia de l'empresa (per exemple, producció de béns), bé a efectuar tasques de promoció o presentació dels productes. En un sentit molt ampli, podríem considerar auxiliars o col·laboradors des del personal laboral de l'empresa que fa l'activitat, fins a totes les empreses auxiliars que duen a terme activitats complementàries però necessàries per a enllestir l'activitat (agències publicitàries, transportistes, dipositaris, etc.). Els primers fan una col·laboració material, no jurídica, i es regeixen pel dret laboral; els segons efectuen contractes de prestació de serveis, i es relacionen amb l'empresari per mitjà de contractes de molt diversa mena. Però a part d'aquest sentit ampli de la "col·laboració", hi ha subjectes que fan una tasca netament jurídica, de representació de l'empresari en les seves relacions amb tercers, o de promoció de la venda dels productes, i a ells sol referir-se la doctrina quan parla dels col·laboradors o auxiliars de l'empresari. Els primers són "apoderats", als quals l'empresari encomana bé la tasca general d'actuació davant de tercers, bé tasques específiques; els segons solen rebre la denominació genèrica d'agents comercials.

2.5.2. Apoderats de l'empresari: factor, dependent i mosso

Entre els auxiliars de l'empresari té especial importància la figura del factor. L'art. 283 CdeC en defineix el concepte com "El gerent d'una empresa o establiment fabril o comercial per compte d'altri, autoritzat per a administrar-lo, dirigir-lo i contractar sobre les coses que s'hi refereixen, amb més o menys facultats, segons hagi considerat convenient el propietari". Es tracta, així, d'un "apoderat general" de l'empresari, posat per ell al capdavant del negoci i autoritzat per a administrar-lo, dirigir-lo i contractar. No en va se'l sol qualificar d'àlter ego de l'empresari, atès que en realitat fa externament la seva mateixa feina i està al capdavant del negoci. Per això, a més, l'art. 282 CdeC exigeix que tingui la capacitat necessària per a obligar-se conformement a aquest codi, la capacitat per a ser comerciant, ja que de fet actua amb aquesta condició. Sovint, quan l'empresari individual no pot dedicar-se personalment al negoci, o en supòsits d'empresari social, es col·loca al capdavant del negoci una persona de confiança, a la qual s'atorga un poder general per a gestionar tot el

que tingui relació amb l'activitat d'aquest establiment, local o nau: aquest és el denominat "factor", que normalment rep també el nom de director general o gerent.

Diferent de la figura del factor és la de l'administrador d'una societat mercantil, o el conseller delegat, o el subjecte que amb el nomenament orgànic adequat actua com a gestor de fet de l'empresa. En aquest cas el seu règim jurídic serà el d'administrador, conseller delegat o el del seu nomenament, que també pot constituir de fet o de dret un apoderament general, però delimitat i regit per la llei societària aplicable, no pel Codi de comerç.

Normalment el factor estarà lligat jurídicament a l'empresari per una relació laboral. Quan es tracti d'un alt càrrec li serà aplicable la relació laboral especial del Reial decret 1382/1985, pel qual es regula la relació laboral de caràcter especial del personal d'alta direcció. A aquesta relació laboral se superposa el poder atorgat per a actuar i obligar davant de tercers.

Perquè estiguem davant d'un veritable factor cal que el poder que se li ha atorgat sigui general, relatiu a "les coses que es refereixen" a l'establiment o empresa. Aquest poder pot haver-se limitat d'alguna forma (per exemple, que no pugui vendre immobles o fer un tipus de negocis o inversions de grans quanties o riscos), però com a factor sempre li ha de quedar encomanada la majoria de les operacions de gestió ordinàries. Per això, l'art. 283 CdeC assenyala que podrà tenir "més o menys facultats", però sempre comptant amb una autorització per a administrar, dirigir i contractar sobre "les coses que s'hi refereixen". El poder, i les seves possibles limitacions, es podrà inscriure en el Registre Mercantil, a la pàgina oberta a l'empresari (art. 22.1 i 2 CdeC). S'ha discutit llargament a la doctrina espanyola sobre si els límits imposats al factor, si escau, serien oposables a un tercer que contracta amb ell i desconeix, de fet, aquesta limitació. Per a alguns autors, els límits serien oposables si estan inscrits en el Registre Mercantil, pel principi d'oposabilitat o publicitat material positiva (art. 21 CdeC). No obstant això, n'hi ha d'altres que consideren que si es tracta d'un "factor notori", que actua de forma notòria com un àlter ego de l'empresari, fins i tot els límits inscrits resultarien inoposables, atès que s'ha creat una aparença que aquest apoderat té facultats per a fer tots els actes propis de l'empresa. Aquesta segona línia doctrinal es basa en l'art. 286 CdeC, que considera vinculat l'empresari quan actua un factor notori, fins i tot quan s'al·legui abús de confiança o transgressió de facultats, sempre que els contractes recaiguin sobre objectes compresos en el gir i tràfic de l'establiment. Com, de fet, els límits en poder no solen inscriure's en el registre, en general la jurisprudència considera que el factor notori obliga sempre l'empresari quan fa actes propis del gir i tràfic específics propis del local o establiment al capdavant del qual es troba.

El factor ha d'actuar en nom de l'empresari (art. 284 CdeC). Ara bé, fins i tot quan no ho manifesti expressament, si es tracta d'un factor que notòriament pertanyi a l'empresa també l'obliga (art. 286 CdeC, "s'entendran fets per compte del propietari d'aquesta empresa o societat, tot i que el factor no ho hagi expressat en dur-los a terme"). Si el factor va actuar en nom propi, com si el negoci fos seu i no de l'empresari, s'entén que aquest quedarà obligat si de fet

Exemple

Sovint, quan entrem en un establiment mercantil distingim a una persona que "aparentment" és l'empresari, que dirigeix l'establiment, al que consulten els altres empleats, que rep les comandes, etc. Pot ser que sigui, realment, l'empresari, o un "factor" a qui l'empresari ha encarregat el portament general de tot el negoci. Nosaltres no li preguntarem quina és la seva posició, i simplement pressuposem que és "el que mana" perquè aparentment és el director del negoci.

s'aprofita dels efectes del negoci (ratificació tàcita de l'actuació de l'apoderat), o si la part contractant prova que la negociació es va fer per compte del principal (art. 287 CdeC).

El factor no pot exercir per compte propi ni d'un altre empresari el mateix gènere de negoci del seu principal, tret que aquest ho autoritzi expressament (art. 288 CdeC). El poder del factor acabarà quan el revoqui l'empresari, però aquest continuarà vinculat per les actuacions del factor abans que li fos comunicada la revocació, o respecte de tercers, mentre la revocació no s'inscriu i es publiqui, o no es comuniqui fefaentment al tercer (art. 291 CdeC). La mort del principal no extingeix el poder (art. 290 CdeC, si bé el podran revocar els hereus), però la mort del factor sí.

En l'establiment, l'empresari pot haver conferit també poders a altres empleats, però limitats a certes actuacions concretes. En aquests casos, el Codi de comerç utilitza els termes "dependent" (quan s'encomana l'acompliment constant, en nom de l'empresari, d'alguna o algunes gestions pròpies del tràfic del negoci, art. 292 CdeC) o "mosso" (quan s'encomana, concretament, la venda en l'establiment, o la recepció de les mercaderies, art. 294 i 295 CdeC). Aquests poders singulars es comunicaran als particulars mitjançant avisos públics o per mitjà de circulars (art. 292.1 CdeC), si bé també podrien inscriure's en el Registre Mercantil, en el full obert a l'empresari.

2.5.3. Agents comercials

Els auxiliars de l'empresari que normalment actuen fora de l'establiment, promocionant els productes i fomentant les vendes, solen anomenar-se agents comercials. Normalment no tenen poder de l'empresari per a obligar-los, de manera que simplement transmeten a l'empresari l'interès del client per contractar, i és l'empresari qui decideix si porta a terme o no el negoci (encara que també pot haver-hi la figura de l'agent representant, a qui l'empresari confeix poder per a contractar).

La relació jurídica que uneix aquests agents amb l'empresari pot ser de dos tipus. Serà una relació laboral si el comercial no té una empresa pròpia i actua amb els mitjans materials i tècnics del principal. Es tracta d'una relació laboral especial, regida pel Reial decret 1438/1985, pel qual es regula la relació laboral de caràcter especial de les persones que intervinguin en operacions mercantils per compte d'un o més empresaris, sense assumir el risc i ventura d'aquests (relació laboral especial pel fet que normalment actua fora de l'empresa, visitant els clients, de manera que la subjecció horària i l'organització solen ser diferents a les d'altres empleats). La relació, en canvi, serà d'agència mercantil, regida per la Llei 12/1992, si l'agent és un empresari, amb la seva pròpia organització de mitjans, que es dedica professionalment a la intermediació mercantil.

2.6. Empresa i establiment mercantil

2.6.1. Consideracions generals

L'empresari és titular de tot un seguit de béns i drets que constitueixen, en una abstracció, la seva "empresa". L'empresa és una realitat conjunta immaterial, que per descomptat conté elements materials. Així, normalment l'empresa la constitueixen relacions i contractes relatius a prestacions subjectives d'activitat (relacions laborals amb els treballadors, contractes de serveis professionals amb prestadors de serveis independents); relacions jurídiques sobre béns immaterials (licències de patents, marques i *know-how*, drets de propietat intel·lectual, etc.); relacions jurídiques sobre béns materials (propietat de béns, ús de béns de lloguer, etc.); drets de crèdit i deute i possibles garanties; i relacions jurídiques de compra i venda de béns o de prestació de serveis diversos (contractes de compravenda, de transport, d'assegurances, financers, etc.). Precisament el que aconseguix un bon empresari és organitzar adequadament tots aquests elements personals, materials i jurídics amb la finalitat de produir béns o serveis amb una rendibilitat; un mal empresari, amb aquests mateixos béns i fent aquesta mateixa activitat, obtindria pèrdues, per organitzar-los inadequadament. Com tota activitat humana, l'empresarial té un component de llibertat, d'iniciativa i de creativitat que és el que aconseguix l'èxit o el fracàs. Però a més d'aquests elements sobre els quals existeix una relació jurídica, real o personal, hi ha també elements purament fàctics que afegixen més complexitat i, normalment, riquesa a l'empresa: les expectatives i la clientela. Una empresa ben organitzada (una bona empresa) tindrà bones expectatives de creixement i una clientela fidelitzada.

La "clientela" de vegades està relacionada jurídicament amb l'empresari (per exemple, el majorista que s'ha compromès a adquirir una quantitat de béns durant un cert temps), però la majoria de les vegades és un element inestable, perquè pot deixar d'acudir a aquest empresari amb total llibertat. Precisament per tal d'evitar-ho l'empresari ha d'intentar "fidelitzar-la" amb el millor tracte, bons preus, informació, etc. En cas de transmissió d'empresa, la clientela, com a element fàctic, no es pot transmetre directament, però sí que hi ha mitjans indirectes que ho permetran, i que s'exposen més endavant.

En general, se sol denominar "fons de comerç" aquest valor afegit que té l'element organitzatiu de l'empresari, i que fa que una empresa considerada en el seu conjunt tingui un valor molt superior a la simple suma aritmètica del valor dels béns i drets que la integren. Quan es transmet l'empresa, sol donar-se un valor a aquest "fons de comerç", que serà més gran com més ben organitzats estiguin els elements i, per tant, hi hagi més expectativa de guany. Precisament quan es produeix aquesta transmissió, en la comptabilitat es farà constar el valor pagat pel fons de comerç.

Normalment es denomina "establiment" el conjunt objectiu de béns i drets que constitueixen la realitat física de l'empresa: la nau industrial (en propietat, o llogada), la maquinària, la disposició dels béns, els magatzems, els vehicles necessaris per a l'activitat, etc. Es pot transmetre bé l'establiment (per exemple, perquè l'adquiridor vol els immobles però pensa desenvolupar una activitat diferent –una empresa diferent–), bé l'empresa (perquè l'adquirent pensa desenvolupar la mateixa activitat), i en cada una d'aquestes suposicions el conjunt de drets i obligacions és bastant diferent: en el primer cas, n'hi hauria prou de transmetre la titularitat i drets sobre els béns; en el segon, caldria comunicar a més els secrets industrials, intentar que la clientela es mantingués fidel al nou empresari, transmetre els contractes d'aprovisionament i venda, etc. De la mateixa manera, no és el mateix llogar un local (simplement es permet l'ús d'una seu física) que llogar una empresa ja muntada (per exemple, en llogar un establiment d'hostaleria, l'arrendatari hi desenvoluparà la mateixa activitat i necessitarà molta més informació i la transmissió de bastants relacions contractuals).

2.6.2. Establiment mercantil. Especialment, les mercaderies. Establiment principal i sucursals

Com a "establiment" entenem aquí, com ja s'ha assenyalat, el conjunt objectiu de béns i drets que constitueixen la realitat física material de l'empresa. Aquests béns no tenen un règim jurídic específic (diferent al propi del dret civil de béns), tret de les mercaderies. Les mercaderies solen definir-se com els objectes mobles, transformats o no per l'empresa, que aquesta destina al tràfic mercantil. Poden ser béns que l'empresa compra per revendre, sense transformació; o els béns que l'empresa fabrica o elabora a partir d'uns altres. El rellevant és que es destinen al tràfic: per exemple, un electrodomèstic fabricat per l'empresa és mercaderia quan s'ofereix en venda al públic; i deixa de ser-ho quan, adquirit, l'usa el seu adquiridor (ja no el destina al tràfic).

El rellevant de les mercaderies és que, conforme a l'art. 85 CdeC, la compra de mercaderies en magatzems o botigues oberts al públic causarà prescripció de dret a favor del comprador respecte de les mercaderies adquirides, i quedaran fora de perill, si escau, els drets del propietari sobre els objectes venuts per a exercir les accions civils o criminals que puguin correspondre-li contra qui els vengués indègudament. Això és, encara que la mercaderia no fos de propietat del venedor, si s'adquireix en botiga oberta al públic el comprador sí que esdevé propietari (la venda "causa prescripció de dret" al seu favor). Aquest precepte es troba en línia amb l'art. 464 Cc, i suposa una excepció al principi general de la reivindicabilitat, que es consagra en els art. 348 i 349 Cc. La regla s'aplica tant si la venda en tenda és civil (perquè és per a consum) com mercantil (perquè el comprador vol revendre el bé, amb ànim de lucre en la revenda).

En la pràctica, és bastant comú que l'empresari desenvolupi la seva activitat en diversos establiments, dels quals un sigui el principal (on desenvolupa fonamentalment la seva actuació fabril, industrial o de serveis) i uns altres sim-

ples sucursals. Si l'empresari és una societat de capital, haurà de fixar el seu domicili en el lloc en què es trobi el centre de la seva efectiva administració i direcció, o en el qual tingui el seu principal establiment o explotació (art. 9 LSC). Com es veu, aquí l'establiment principal es pren com a determinant del domicili (alternativament al centre de direcció, que podria ser en un altre lloc). La sucursal, en canvi, és "tot establiment secundari dotat de representació permanent i de certa autonomia de gestió, a través del qual es desenvolupin, total o parcialment, les activitats de la societat" (art. 295 RRM). No seria sucursal una simple botiga en la qual s'ofereixen els béns o serveis al públic, si no compta amb una certa autonomia de gestió. Les sucursals s'inscriuen en el Registre Mercantil (fent-hi constar les activitats encomanades i els subjectes representants nomenats amb caràcter permanent per a aquesta, en el full de la societat, art. 297 RRM).

2.6.3. Transmissió de l'empresa o de l'establiment

L'establiment o l'empresa poden ser objecte de negocis jurídics: transmissió, arrendament, hipoteca, embargament, etc. Quan el transmès o gravat és únicament l'establiment l'operació resulta més senzilla, atès que es tracta de béns o drets identificats, objecte d'una relació jurídica que és transmissible segons regles específiques. No obstant això, si l'objecte és l'empresa, caldrà transmetre l'establiment i, a més, procurar que la resta de relacions jurídiques i fàctiques que impliquen l'empresa també es transmetin. El "problema" aquí són les relacions fàctiques. Els contractes amb proveïdors, prestadors de serveis, etc. podrien transmetre's si hi hagués acord amb aquests proveïdors i prestadors (i és un acord que no es pot "garantir", perquè depèn de la voluntat d'aquests, que poden confiar o no en la figura del nou empresari). Però les relacions fàctiques (clientela, expectatives) només es poden transmetre indirectament, pels mitjans que després es veuran, i serà el nou empresari qui amb els seus dots d'organització haurà d'aconseguir que aquesta empresa mantingui el seu nivell productiu (o el millori).

En el cas de venda, el negoci de venda és únic i engloba com un tot el conjunt de béns i drets que suposa l'establiment o l'empresa. Però encara que el negoci, i el seu objecte, siguin únics, en no existir una regulació d'aquesta modalitat, l'execució d'aquest negoci es tradueix en la necessitat de transmissió de tots i cadascun dels elements de l'establiment o empresa, a més conformement a la seva pròpia llei de transmissió. Això converteix aquesta execució en una cosa molt complexa, el bon resultat de la qual no sempre està garantit (depèn, per exemple, que els contractants de l'antic empresari vulguin continuar sent-ho del nou). En l'Avantprojecte del Codi de comerç sí que es preveia un règim unitari, de manera que per llei s'establí una venda en bloc de tots els elements, i una cosa semblant ocorre en la regulació concursal quan es transmet en bloc una unitat productiva (l'adquiridor se subroga en totes les relacions jurídiques i contractes del concursat, sense necessitat de comptar amb la voluntat dels contractants, vegeu art. 146 *bis* LC). La complexitat serà més gran en la venda d'empresa (caldrà transmetre béns i drets, relacions

contractuals, elements fàctics, etc.), i molt menor en la venda d'establiment (normalment només es transmeten béns i certs drets, però no els crèdits i deutes de l'empresari, no totes les relacions contractuals, etc. Si l'adquiridor només necessita l'establiment, però no pensa desenvolupar la mateixa activitat, normalment no adquireix crèdits, deutes i relacions contractuals connectades amb la prestació de l'activitat empresarial concreta).

D'acord amb això, els béns hauran de transmetre's cadascun d'acord amb les seves regles (per exemple, si hi ha immobles, per a poder oposar la venda a tercers caldria escriptura pública i inscripció de la nova titularitat en el Registre de la Propietat). La transmissió de crèdits no requereix el consentiment del deutor (vegeu art. 347 CdeC i 1526 i següents Cc), però serà millor notificar-li ho, i el transmissor no respon de la solvència del deutor, llevat que es pacti el contrari (pacte de responsabilitat de la solvència, que sí que sol contenir-se en el contracte de venda de l'establiment o empresa). Per a la transmissió de deutes sí que és necessari el consentiment del creditor (art. 1205 Cc), perquè canvia el patrimoni que respon del pagament d'aquests deutes. Quant als contractes, haurà de negociar-se amb l'altre contractant la subrogació de l'adquiridor. Existeix una regulació especial en aquest punt quant als contractes laborals, ja que en aquests l'adquiridor sí que queda subrogat *ex lege* (per mandat legal, no cal negociar-ho amb els treballadors) en els drets i obligacions laborals i de seguretat social de l'anterior, inclosos els compromisos de pensions, en els termes previstos en la seva normativa específica, i, en general, en totes les obligacions en matèria de protecció social complementària que hagués adquirit el cedent. A més, i sense perjudici de l'establert en la legislació de la Seguretat Social, el cedent i el cessionari responen solidàriament durant tres anys de les obligacions laborals nascudes abans de la transmissió i que no haguessin estat satisfetes (art. 44 ET).

Un problema específic planteja, com s'ha dit, en la venda d'empresa la transmissió dels elements fàctics (clientela i expectatives), atès que no és possible una transmissió directa. El que es fa són diferents actuacions que busquen que l'adquiridor tingui tota la informació possible, i que els clients segueixin sent-ho del nou empresari (una "transmissió per vies indirectes" de clientela i expectatives). Així, hauran de transmetre's els signes distintius (marques, patents, rètol de l'establiment, etc.) perquè l'"aparença" de l'empresa es mantingui. En segon lloc, han de comunicar-se els "secrets comercials" utilitzats per l'empresari que aliena per a aconseguir un bon producte i atreure i fidelitzar la clientela (la figura del "secret industrial" ha estat objecte de regulació recent mitjançant la Llei 1/2019, de 20 de febrer, de secrets empresarials). En tercer lloc, pot ser convenient comunicar als clients la transmissió i manifestar que la prestació del servei seguirà sent igual d'eficient amb el nou empresari. I, finalment, és comú pactar la no-competència de l'alienant al mateix territori durant un temps adequat (atès que si ell tornés a exercir aquesta activitat en aquest territori, possiblement els clients li comprarien a ell).

Pel que fa a la transmissió *mortis causa* de l'empresa, operarà en supòsits d'empresari persona física que mor. En aquest cas, el successor que adquireix l'empresa per herència, si en continua l'explotació, manté l'empresa en si i es produeix la transmissió *mortis causa*. laboralment, opera igualment una "successió d'empresa", de manera que els contractes laborals no s'extingeixen sinó que continuen amb el nou empresari (art. 49 ET). L'art. 1056 Cc permet al testador que vulgui preservar indivisa una explotació econòmica, o bé mantenir el control d'una societat de capital o grup d'aquestes, que disposi que l'hereu pagui en metàl·lic la legítima als altres hereus legitimaris (pagament que podria fer-se fins i tot amb diners extrahereditaris, del mateix hereu).

L'establiment mercantil pot ser hipotecat, per a garantir el pagament d'un deute; òbviament, l'empresa en si no podria ser objecte d'hipoteca (perquè no és un dret ni un bé, sinó un conjunt de drets i béns als quals s'afegeix l'activitat de l'empresari, que hi confereix un valor afegit). La hipoteca d'establiment mercantil està regulada en la Llei d'hipoteca mobiliària i penyora sense desplaçament (LHMPD) de 1954. Aquesta llei requereix que l'establiment es trobi instal·lat en un local de negoci del qual aquest empresari sigui propietari o arrendatari amb facultat de traspasar (art. 19 LHMPD), ja que en un altre cas, el creditor no podria exercir el dret a disposar del bé en cas d'impagament del deute garantit (si el local està arrendat, ha de notificar-se fefaentment la hipoteca a l'arrendador o al propietari, i l'arrendador té dret a incrementar la renda per aquesta raó). Aquesta hipoteca es caracteritza legalment perquè la llei considera quins béns i drets, obligatòriament, estan inclosos en la hipoteca; i quins podrien incloure-s'hi per voluntat de les parts. L'escriptura pública d'aquest negoci té un contingut també predeterminat per la llei, i s'inscriurà en el registre d'hipoteca mobiliària i penyora sense desplaçament. Qui hipoteca ha de mantenir l'explotació de l'empresa (perquè altrament menysvaloraria el dret hipotecat).

Tant l'establiment com l'empresa poden ser donats en arrendament. Antigament, quan existia una regulació imperativa de l'arrendament de local de negoci, era molt comú "emascarar" arrendaments de local com a arrendaments d'empresa, i així esquivar aquesta regulació. L'arrendament de l'establiment, com a simple lloc d'ubicació de l'activitat, està previst en la Llei d'arrendaments urbans, si bé concedint una àmplia llibertat a la voluntat de les parts (a diferència de l'anterior regulació de l'"arrendament de local de negoci"). L'arrendatari, excepte que es pacti contràriament, pot sotsarrendar o cedir el contracte d'arrendament sense necessitat de consentiment de l'arrendador (si bé ha de notificar-li aquests negocis fefaentment en el termini d'un mes des de l'acord; cal saber que l'arrendador té dret a un increment de la renda).

Quant a l'arrendament d'empresa, és una figura que es practica en certs sectors (per exemple, el titular d'un bar o d'un establiment d'hostaleria que lloga tot el negoci a un altre empresari perquè l'exploti en èpoques puntuals), i que es regeix, en general, pel Codi civil. La jurisprudència ha anat definint les obligacions més importants de les parts. En aquest negoci l'arrendador té obliga-

cions semblants a les del venedor d'empresa, atès que per a intentar la transmissió dels elements fàctics durant el temps que duri l'arrendament, hauria de comunicar a l'arrendatari els secrets industrials i no fer competència en aquest territori durant la vigència de l'arrendament. Aquesta obligació de no competir derivaria igualment de la regulació legal de l'arrendament (art. 1554.3 Cc, mantenir en el gaudi pacífic de la cosa), que també l'obliga a fer les reparacions necessàries a fi de conservar el bé en estat de servir per a l'ús a què ha estat destinat (art. 1554.2 Cc). L'arrendatari hauria de mantenir l'ús del bé, i la seva estructura organitzativa, i lliurar l'establiment en acabar el contracte conservant l'aptitud per a l'activitat a la qual es destina.

La figura de l'usdefruit d'empresa és, teòricament, admissible. Si bé no està prevista expressament en la llei, el Codi civil admet l'usdefruit universal constituït *inter vivos* sobre un patrimoni (art. 476 i 506 Cc), o *mortis causa* sobre l'herència (art. 508 i 510 Cc). Atès que l'usufructuari ha de conservar la substància del bé usufruït, hauria de mantenir l'explotació empresarial (per això, no hi ha, en canvi, la figura del simple usdefruit de l'establiment o local de negoci). L'anterior empresari hauria de complir les obligacions corresponents per a facilitar la transmissió indirecta de les relacions de fet (comunicar secrets industrials, no competir, etc.).

Finalment, l'establiment o local de negoci podria ser objecte d'embargament (no, òbviament, l'empresa com a organització de l'empresari). L'art. 592 LEC preveu la possibilitat que es decreti l'embargament de l'empresa (establiment) quan, ateses totes les circumstàncies, resulti preferible que l'embargament dels seus diferents elements patrimonials. En aquests casos pot nomenar-se un administrador judicial (art. 630 a 633 LEC), que fins i tot podria substituir els administradors de l'empresa embargada (tot i que, si el que s'embarga és part de l'empresa, o la majoria de les quotes de soci, llavors es podria, a més, designar dos interventors, un que representés la majoria de socis –els executats– i un altre la minoria). Si finalment l'embargament conduís a la venda de l'establiment, es produiria una transmissió *inter vivos*, bé de l'establiment (si únicament es venen els béns i drets), bé de l'empresa (si l'adquiridor pensa continuar l'explotació, amb una sèrie d'obligacions afegides per al titular per compte del qual s'aliena el bé).

3. Subjectes del dret mercantil (II): el consumidor

3.1. Concepte de consumidor

El terme "consumidor" no té un significat unívoc en el nostre ordenament, i se sol distingir entre un "concepte ampli" i un "concepte estricte" de consumidor. Segons el concepte ampli, "consumidor" és tot ciutadà o administrat, perquè totes les persones físiques som, quan no fem la nostra activitat professional, consumidors. Es tracta d'un concepte molt general, gairebé purament programàtic, i és el punt de partida de l'art. 51 CE quan estableix que "Els poders públics garantiran la defensa dels consumidors i usuaris, protegint, mitjançant procediments eficaços, la seva seguretat, la seva salut i els seus legítims interessos econòmics".

El concepte estricte, en canvi, suposa una delimitació més concreta, a l'efecte de l'aplicació d'una normativa concreta. En aquest sentit, no hi ha un únic "concepte estricte", sinó que cada norma relativa a consumidors sol determinar el concepte "a l'efecte d'aquesta norma". Cada directiva comunitària sobre consumidors estableix el seu concepte (no sempre coincident amb el de les altres, encara que existeix un patró comú bàsic al qual després es farà referència), i a Espanya a part de la llei general cada comunitat autònoma té la seva pròpia llei, que estableix un concepte estricte específic.

En el dret espanyol el "concepte estricte de consumidor" bàsic, fixat per a l'aplicació de la Llei general de defensa de consumidors i usuaris, és el següent: "Són consumidors o usuaris les persones físiques que actuïn amb un propòsit aliè a la seva activitat comercial, empresarial, ofici o professió. Són també consumidors a l'efecte d'aquesta norma les persones jurídiques i les entitats sense personalitat jurídica que actuïn sense ànim de lucre en un àmbit aliè a una activitat comercial o empresarial" (art. 3 LGDCU, segons la redacció donada per la Llei 3/2014). D'aquest concepte, en destaquen tres notes essencials. En primer lloc, la caracterització del consumidor per a actuar en un àmbit aliè a la seva activitat empresarial o professional. Un advocat actua com a professional quan assessora un client o quan compra un ordinador per al despatx, però actua com a consumidor quan contracta la línia telefònica per al seu habitatge. No "s'és" consumidor, sinó que "s'actua" com a consumidor, perquè tots els éssers humans fem actes bé relacionats amb la nostra professió, bé aliens a aquesta. És a aquests segons actes que s'aplica la Llei general de defensa de consumidors i usuaris, per les raons que després exposarem. En segon lloc, ha de ser propòsit aliè a "la seva" activitat comercial, empresarial, ofici o professió (en la redacció anterior a la Llei 3/2014 s'utilitzava l'article indeterminat "una", de manera que es creava el dubte sobre actes "professionals" però estranys a la professió o dedicació del subjecte). Finalment, la llei espanyola admet que

Exemple

D'aquesta forma, no actua com a consumidor l'empresari que contracta el subministrament d'energia elèctrica per a la seva empresa (STS de 15 de desembre de 2005), l'empresari que contracta un terminal de punt de venda amb una entitat financera, perquè els seus clients puguin pagar amb targeta (STS de 9 de juny de 2009), ni l'usuari d'un bé arrendat en lísing (STS de 17 de març de 1998).

el consumidor sigui una persona jurídica, o entitats sense personalitat, però només si actua sense ànim de lucre, i ho fa en un àmbit aliè a una activitat comercial o empresarial.

Generalment es considera que seran actes professionals tant els que constitueixin específicament l'activitat empresarial o professional desenvolupada pel subjecte, com els relacionats indirectament amb aquesta (per exemple, contractar el servei de neteja per al despatx, o la línia telefònica).

El concepte estricte planteja problemes de determinació, sobretot respecte dels "actes mixts", duts a terme tant per l'activitat professional com per la de consum (per exemple, el professional que compra un vehicle per als seus viatges d'empresa, però també per a utilitzar-ho en la seva activitat familiar i d'oci). No hi ha una postura unànime sobre aquest tema, i sembla més lògic tractar-lo com a acte de consum només si l'ús professional és mínim. Aquest va ser el sentit de la decisió del TJCE en el cas Gruber (STJCE de 20 de gener de 2005).

Cal destacar, no obstant això, que la mateixa LGDCU estableix altres "conceptes estrictes" per a àmbits concrets. Així, la responsabilitat civil per béns o serveis defectuosos s'aplica a tot "perjudicat", sigui consumidor, empresari o professional (art. 128 LGDCU, vegeu el que s'ha dit anteriorment). I en la normativa sobre viatges combinats es considera com a subjecte protegit el "viatger", que és "tota persona que té la intenció de celebrar un contracte o té dret a viatjar en virtut d'un contracte celebrat conformement a aquest llibre", art. 151.1.f LGDCU en la redacció donada pel Reial decret Llei 23/2018, de 21 de desembre). Per tant, la mateixa llei general espanyola no té un únic "concepte estricte de consumidor". Aquestes diferències són les mateixes que en el dret comunitari, que també parteix d'una delimitació diferent de l'àmbit subjectiu d'aplicació de les normes sobre productes defectuosos i sobre viatges combinats.

En la normativa comunitària, la majoria de directives i normes parteix d'un concepte de consumidor com a persona física que actua amb un propòsit aliè a la seva activitat professional. La diferència fonamental amb el concepte estricte general del dret espanyol és l'exclusió de qualsevol persona jurídica. Quant a les normes autonòmiques espanyoles, fins ara la majoria segueix el concepte inicialment pres per l'LGDCU, abans de la seva reforma l'any 2007, i que el delimitava com el "destinatari final" dels béns o serveis.

De vegades, la normativa o la jurisprudència prenen com a referent no qualsevol consumidor, sinó un consumidor caracteritzat específicament. Per exemple, en matèria de dret de marques o de la competència deslleial, quan es refereix al "risc de confusió", es recorre, com a referència de si existeix confusió, a la percepció del "consumidor mitjà, normalment informat, raonablement atent i perspicaç". Aquest consumidor mitjà ha de seguir complint els requisits del concepte de consumidor, però s'exigeix a més una qualificació, es pren

com a referència un consumidor informat, atent i perspicaç. Per tant, no en tots els supòsits es defensa qualsevol consumidor, sinó que en certs sectors es concreta aquesta protecció limitant-la a cert tipus de consumidors.

3.2. La "protecció del consumidor" en el dret privat actual

3.2.1. Raons de la protecció del consumidor

L'anomenat "dret del consum" va sorgir l'últim terç del segle XX com una mena de resposta protectora a una suposada situació de feblesa estructural del consumidor davant de l'empresari. En la "visió clàssica", el consumidor és la part feble en la relació contractual, sotmesa a un més gran poder econòmic i als coneixements especialitzats de l'empresari, mer destinatari de les decisions dels empresaris i dels que tenen el capital. Des d'aquest punt de partida, cal protegir el consumidor de l'abús de poder econòmic de què en ocasions pot ser objecte per part de l'empresari, fixant normes imperatives que assegurin uns drets mínims i concedint-li en alguns casos un dret a desistir de la relació contractual ja constituïda. En la seva versió més radical, aquest tipus de concepcions peca d'un marcat victimisme, i configura el consumidor gairebé com un "incapaç", que cal protegir sistemàticament enfront de l'empresari ("el consumidor sempre té la raó"). Aquestes versions més radicals encobreixen de vegades una postura purament paternalista, de protegir el consumidor de les seves pròpies decisions equivocades, la qual cosa és contrària a la consideració que tota persona és responsable dels seus actes.

Enfront d'aquesta visió, i des de postures ideològiques ben diferents, altres autors destaquen que aquesta suposada diferència estructural de poder no és certa, com a regla general, i que el consumidor mitjà pot informar-se adequadament i prendre decisions raonables optimitzant els seus recursos i triant les millors ofertes. La defensa del consumidor no consistiria tant a dictar normes imperatives, que de vegades suposen uns costos i unes equivocacions que no queden compensats pels possibles efectes beneficiosos. Per a aquests autors la veritable defensa del consumidor és fer que el mercat funcioni correctament: competència entre empresaris, informació transparent i veraç sobre productes, serveis i preus, etc.

En els drets comunitari i espanyol existeixen, en aquest sentit, normes específiques de protecció dels consumidors en certs àmbits concrets que es basen més en la primera visió: assignació de certs drets imperatius a favor del consumidor, exigint normalment una informació mínima àmplia i clara sobre el contingut del contracte, i concedint en alguns casos un dret a desistir del contracte ja fet. Al costat d'aquestes, tota la normativa d'institucionalització del mercat (que s'exposa en el mòdul 2) suposa una protecció del consumidor, i en general de tots els actants al mercat, que s'inscriu en la segona de les visions assenyalades. Tots dos tipus de normes coincideixen a intentar superar l'"asimetria informativa" existent –l'empresari coneix els seus productes i ser-

veis, i és especialista en les prestacions que poden aconseguir, però el consumidor normalment no és especialista, ni coneix tota la gamma de productes dels competidors—. Per això es posa l'accent en la informació prèvia a la contractació: una informació completa, totalment clara, i prèvia a la contractació.

Sovint aquesta informació prèvia no compleix, i possiblement no pugui complir, la funció assignada. Per a la immensa majoria de consumidors, no especialistes en el tipus de producte que adquireixen i en les prestacions que en puguin obtenir, per molta informació que se'ls doni no els serveix d'"ajuda real" per a prendre la seva decisió. A més, l'"excés d'informació" —llargs formularis de lletra petita— pot ser que satisfaci el requisit que la informació sigui completa, però per descomptat va en contra de la claredat i senzillesa. En qualsevol cas, la informació poc clara, incomprendible, il·legible, no és informació. El consumidor no pot evitar el seu deure informar-se adequadament, per la qual cosa no podrà obtenir protecció si va ser informat amb claredat de les prestacions o característiques que després no satisfan la seva finalitat particular.

3.2.2. La protecció del consumidor en el dret privat actual: "generalització" de regles nascudes dins del "dret del consum"

Les normes de protecció del consumidor van néixer com una espècie de reacció o oposició al dret contractual general, com una protecció específica d'una de les parts contractuals enfront de l'altra. Es va arribar a afirmar, per això, l'existència d'un "dret del consum" com si fos un dret especial amb principis específics, un *tertium genus* no integrat en els drets civil ni mercantil. Certament, la proliferació de normes especials de protecció del consumidor avalava aquesta posició, ja que quantitativament el "dret del consum" suposava un conjunt rellevant de regles.

Però actualment la tendència és més aviat a "integrar" les normes de protecció de consumidors dins del dret privat general. Així, en el *Draft Common Frame of Reference* abans al·ludit no existeix un conjunt especial de regles sobre consumidors, sinó normes específiques en algunes institucions que matisen la regulació general. A més, avui s'adverteix una tendència a generalitzar regles i solucions que van néixer o es van explicitar dins del "dret del consum", i aplicables només a consumidors, però respecte de les quals s'adverteix que han de tenir-se en compte en tota contractació, entre o amb empresaris o consumidors. El dret comunitari de protecció de consumidors té el seu àmbit subjectiu limitat als consumidors, perquè la Unió Europea no té competències per a legislar en matèria general de contractació. Però normes sorgides en aquest àmbit després s'han anat generalitzant, en diversos drets nacionals, a tot tipus de contractant. Així, el requisit que les condicions generals de la contractació hagin de ser clares i que qui en disposa n'hagi d'informar abans de contractar, exigint en la Directiva comunitària 93/13/CEE només per a contractes amb consumidors, es preveu a Espanya per a tot tipus de contractes fets mitjançant condicions generals (art. 5 i 7 LCGC). El deure d'informació prèvia a la contractació, inicialment exigint també per les directives només respecte de consumidors, s'ha generalitzat ja a molts tipus de contractes, fins i tot oferts a empresaris (per exemple, en el comerç electrònic, vegeu art. 5 i 10 Directiva 2000/31/CE i 10, 12 bis, 27 i 28 LSSICE). Aquesta "generalització" d'institucions nascudes inici-

alment com a "consumeristes" és encara més evident en els textos comunitaris preparats per a crear un marc comú de referència (*Draft Common Frame of Reference*) per a tot el dret privat europeu, en què bona part de les regulacions contractuals generals, per a tot tipus de subjectes, es basen en regles i institucions recollides en directives comunitàries de protecció de consumidors.

Es consagra així legalment una tendència que ja la doctrina afavoria des de feia temps, i és que novetats introduïdes per la via del "dret del consum" després es generalitzin a tota la contractació privada. I això és així perquè el "dret del consum" no ha de considerar-se (i, per descomptat, no hauria de ser) un conjunt de privilegis o de regles excepcionals a favor dels consumidors; es tracta, en ocasions, de la manifestació de certes regles de justícia material implícites en un concepte adequat de dret privat. Enfront de la pura "justícia formal" que l'acord és just per ser acord, que ha donat lloc a tants abusos i discussions, el "dret del consum" va retornar a l'escenari la idea que l'acord és just si és veritable acord (informat) lliure (la qual cosa es mostrarà si no resulta contrari a la bona fe objectiva, atès que no és normal que algú pacti alguna cosa que el perjudiqui de forma objectiva). El que resultava inadequat era parlar d'aquestes característiques només referides als acords amb consumidors, quan són regles que han de concórrer en tot acord i negoci, sigui entre empresaris, entre consumidors, o entre empresaris i consumidors.

En aquesta línia de generalització s'inscriuen les tendències que proposen aplicar les normes de protecció de consumidors també als petits empresaris, que, malgrat la seva condició d'empresaris, es troben igualment en posició de desigualtat –econòmica i informativa– respecte d'altres empresaris amb més poder. Així, per exemple, el concepte legal de "clàusula abusiva", relatiu a condicions generals de la contractació, que exigeix que el contingut contractual no perjudiqui de forma greu el consumidor contra la bona fe objectiva (art. 82 LGDCU), l'apliquen de vegades els tribunals també a petits empresaris.

3.3. Normativa de protecció dels interessos de consumidors i usuaris

La Unió Europea no va manifestar una preocupació específica per a la protecció de l'interès dels consumidors fins a 1972, any en el qual l'Assemblea Consultiva del Consell d'Europa va aprovar la Carta Magna del consumidor, i a partir del qual es van anar establint programes d'actuació per a definir una política de protecció de l'interès dels consumidors. Aquesta protecció ja s'esmentava en el Tractat Constitutiu, i actualment es preveu en l'art. 129 TFUE.

La majoria de les normes comunitàries sobre la matèria han estat directives, que estableixen una sèrie de drets mínims per al consumidor en molt diverses matèries. Una llista d'aquestes normes seria gairebé interminable. La proliferació de directives, cadascuna amb el seu propi concepte de consumidor "a l'efecte d'aquesta norma" (encara que siguin conceptes en molts casos coincidents), ha generat la necessitat d'intentar una unificació o, almenys, raciona-

lització del patrimoni comunitari en aquesta matèria. D'això se'n va encarregar un grup d'experts, l'anomenat Grup Acquis, que ha fet una proposta de regulació, els Acquis Principles, referits a certes matèries.

En el dret espanyol, l'any 1984 es va promulgar la Llei general de defensa de consumidors i usuaris, norma que va resultar molt ambiciosa per al seu temps, en intentar una regulació total de la matèria, i que ha estat molt poc aplicada en la pràctica. El 2007 aquesta llei es va refondre amb altres de dictades per a la protecció de l'interès dels consumidors, i va donar lloc a l'actual Text refós de la Llei general de defensa de consumidors i usuaris (LGDCU). A part d'aquesta "Llei general", hi ha una veritable multitud de lleis específiques que regulen aspectes importants de protecció dels consumidors en els àmbits més diversos. Normalment, cadascuna d'aquestes lleis suposa la transposició d'una directiva comunitària, i sovint els problemes de redacció o de tècnica d'aquestes directives es "traslladen" a la norma espanyola. Entre les normes més rellevants, cal destacar la Llei 34/2002, de serveis de la societat de la informació i del comerç electrònic, la Llei 22/2007, de comercialització a distància de serveis financers destinats als consumidors, la Llei 43/2007, de protecció de consumidors en la contractació de béns amb oferta de restitució del preu, la Llei 2/2009, que regula la contractació amb consumidors de préstecs o crèdits hipotecaris i de serveis d'intermediació per a la celebració de contractes de préstec o crèdits, i la Llei 16/2011, de crèdit al consum (que deroga l'anterior regulació que feia la Llei 7/1995). No cal oblidar, en tot cas, que la normativa d'institucionalització del mercat (mòdul 2) també suposa una defensa de l'interès dels consumidors, sovint molt més efectiva i útil que les normes sectorials citades.

La legislació civil i mercantil (excepte, respecte de la civil foral, per a certes comunitats) és competència exclusiva de l'Estat (art. 149.6è. i 8è. CE). Això plantejava el problema de si les comunitats autònomes podien tenir competències en matèria de consum, que normalment la doctrina enquadra dins dels drets civil o mercantil. L'STC 71/1982, de 30 novembre, que va resoldre el recurs d'inconstitucionalitat contra l'Estatut del consumidor del País Basc, va establir que el conjunt normatiu que, sense contorns precisos, té per objecte la protecció del consumidor, té caràcter interdisciplinari o pluridisciplinari, i, per tant, pot ser que alguns aspectes d'aquesta regulació puguin ser objecte de competències de comunitats autònomes. Els aspectes de dret civil, mercantil o processal no podrien ser competència autonòmica, però sí uns altres de tipus administratiu o de règim de comerç interior. Aquesta doctrina va ser després reiterada i precisada en diverses sentències, que tractaven recursos bé contra "estatuts del consumidor" autonòmics, bé contra normes autonòmiques que regulen l'ordenació de l'activitat comercial i incideixen en aspectes de protecció de consumidors i de regulació contractual. D'acord amb això, les comunitats autònomes i la Foral de Navarra han dictat normes de protecció de consumidors o d'ordenació del comerç interior, respectant aquests imprecisos límits. Algunes comunitats tenen, en virtut dels seus estatuts d'autonomia o Llei de millorament, competència legislativa plena sobre la matèria (que no podrà incidir en els aspectes esmentats. És el cas de País Basc, Galícia, Andalusia,

Comunitat Valenciana, Catalunya i Comunitat Foral de Navarra); les altres, en canvi, tenen competència de desenvolupament, reglamentària i executiva de la legislació estatal.

Resum

El dret mercantil s'ha concebut tradicionalment com el dret dels actes de comerç o dels comerciants, i actualment més aviat com el dret de l'activitat dels empresaris o, més en general, de l'activitat econòmica privada exercida en el marc del mercat. En aquesta activitat conflueixen empresaris i consumidors. Comparat amb el dret mercantil, el dret civil seria més aviat el dret de l'activitat econòmica entre particulars, que normalment no s'ofereix al mercat.

El dret mercantil va sorgir a l'edat mitjana, com un dret adaptat a les necessitats dels comerciants interlocals. Per a aquest dret de l'encara incipient comerç resultava absolutament inadequat l'existent i molt arcaic dret privat, i per això el dret mercantil va ser, al començament, un dret creat per comerciants i aplicat per comerciants (els cònsols). Amb l'adveniment de la codificació, els racionalistes van procedir a elaborar dos codis de dret privat, el civil i el de comerç, com si fossin àmbits diferents regits per regles diferents: el dret civil seria el dret entre particulars, que permet els temps lents i la consideració de les qualitats personals de les parts; el dret mercantil seria el dret del comerç o dels comerciants, ràpid i rigorós, que exigeix el compliment a temps i sense excuses. Avui dia ja no existeix aquesta contraposició de dues formes d'actuació econòmica, i no té sentit mantenir una doble regulació d'obligacions i contractes civils i mercantils, que, de fet, no existeix en el dret de la Unió Europea ni en molts països moderns. Malgrat això, per la força de la tradició a Espanya es mantenen en assignatures diferents les obligacions i els contractes civils i els mercantils.

En aquesta activitat econòmica oferta al mercat els subjectes que actuen són els empresaris i els consumidors. La figura de l'empresari ha tingut, tradicionalment, un estatut específic, tant de capacitat d'obrar (s'exigeix la majoria d'edat i la lliure disposició dels béns), com d'organització (exigència de gestió de comptabilitat, actuació amb auxiliars, etc.). L'empresa, certament, per la seva pròpia necessitat d'organització de factors de producció necessita una estructura jurídica complexa. El dret estableix algunes regles específiques quant a la responsabilitat de l'empresari (quan és persona física i està casat, i en general perquè l'activitat empresarial sol ser més "arriscada" que la d'un particular, ja que involucra moltes persones i s'ofereix al mercat). Atès el vessant extern de l'actuació, la llei exigeix que es porti una comptabilitat, que informi el mateix empresari i tercers sobre la situació econòmica de l'entitat. I el normal és que els empresaris s'ajudin d'auxiliars, dependents o independents, amb un règim jurídic propi.

Per la seva part, el "consumidor" seria la persona que adquireix els béns per a un ús no empresarial ni professional, per a un ús particular. Normalment el consumidor sofreix una asimetria informativa, perquè no coneix el producte o

servei tan bé com l'empresari. La llei protegeix especialment l'interès del consumidor, bé entenent que és una part contractual amb una posició de feblesa estructural (postura que podríem anomenar tuïtiva sobre el dret de consum, que confereix al consumidor una sèrie de drets mínims), bé potenciant el mercat lliure i la lliure competència que permetin l'elecció lliure d'un consumidor ben informat (postura liberal sobre el dret de consum).

Exercicis d'autoavaluació

1. Quan va sorgir el dret mercantil, quin tipus de normes el constituïen en els seus orígens, i qui l'aplicava?
2. La Unió Europea, té competències en matèria de legislació mercantil?
3. Un marxant d'art manifesta, ben convençut, que en la seva opinió una obra d'art és original d'un autor determinat. Una persona compra l'obra, confiant en aquesta opinió. Després es demostra que l'obra és una falsificació. El marxant, demandat per responsabilitat civil, assegura que és un ús del comerç que l'autoria de les obres es basa en les afirmacions de bona fe dels comerciants d'art. Aquest suposat ús seria aplicable?, i qui hauria de provar-lo?
4. Un advocat és un empresari des de la perspectiva del dret mercantil?
5. El pare d'en Joan era empresari i tenia una llibreria. Quan va morir, va heretar la llibreria en Joan, que com que no coneixia el negoci, va posar-hi al capdavant una experta llibretera, la Maria. La Maria s'encarrega de totes les decisions referents al negoci, i cobra per això un sou i un plus segons les vendes. Els guanys de la llibreria són per en Joan. Quin tipus de subjecte és en Joan? Quin tipus de subjecte és la Maria?
6. Un jutge té capacitat legal per a exercir el comerç? Pot exercir-lo? Pot ser soci d'una societat de responsabilitat limitada?
7. Una entitat de crèdit autoritzada com a tal en un país comunitari diferent d'Espanya, pot actuar a Espanya lliurement, o necessita algun requisit afegit?
8. L'Antònia és empresària i està casada amb en Lluís en règim de guanys. De les obligacions generades per l'empresa, en respondran els béns de guanys? I si en Lluís s'hagués oposat al fet que els béns de guanys responguessin d'aquests deutes, respondrien tals béns de guanys?
9. En Pere ha comprat una batedora, i en utilitzar-la, una mala subjecció de la fulla fa que es fereixi una mà. Quines especialitats tindria la possible reclamació per aquest dany personal?
10. Per tal de provar que ha fet una operació mercantil, una empresa mostra els seus llibres comptables, en els quals figura computada l'operació. N'hi hauria prou amb això per a considerar provada l'operació?
11. Una empresa és de mida reduïda (les partides de l'actiu sumen 100.000 euros, la xifra anual de negocis, 120.000 euros, i té quatre treballadors). Quines conseqüències té això quant a la seva comptabilitat, com a regla general?
12. En l'auditoria de l'empresa X, l'auditor de comptes emet un informe desfavorable, perquè considera que els comptes no reflecteixen la imatge fidel de l'empresa. Quines conseqüències tindrà aquest informe? Podria ser multada la societat per aquesta raó?
13. L'empresa Proveïdor fa uns quants anys que proveeix de mercaderies l'empresa Botiga. Les comandes, els pagaments i tota la relació comercial l'han portat sempre amb en Pere, que és la persona que aparentment exerceix com a empresari. En l'última comanda, en Pere va signar la conformitat a una factura per import de 25.000 euros. Presentada la factura al cobrament, l'empresa Botiga es nega al pagament tot al·legant que en Pere és un simple empleat de l'empresa, i que el seu poder d'actuació està limitat a acceptar, com a molt, pagaments no superiors a 1.000 euros. S'aporta, en efecte, el contracte laboral d'en Pere amb Botiga, en el qual a més consta aquesta limitació. Haurà de pagar Botiga?
14. La societat Societat és titular de l'empresa que actua sota el nom comercial de Produccions. A dia d'avui, la suma del valor de cadascun dels béns i drets dels quals és titular Produccions és de 5.000.000 euros. L'empresa està molt ben gestionada, i té altes expectatives de guanys. L'entitat Comprador ha manifestat que vol comprar aquesta empresa. Podria exigir Societat un preu superior a 5.000.000 euros, i, si és així, basant-se en quina argumentació?
15. Un empresari pot gestionar diverses empreses diferents, dedicades a activitats diferents? Haurà de portar una comptabilitat per a cada empresa?

16. La Lola i el Felip tenen un bar, i a l'agost fan vacances. Per a obtenir guanys i mantenir el bar obert, cada any el lloguen durant el mes d'agost a la societat Gestió, que els paga 4.000 euros. Aquest any també l'han llogat, però finalment a l'agost no han marxat de vacances per problemes de salut d'un familiar, i es plantegen si podrien llogar al seu torn un altre bar per a portar-lo com a arrendataris. Seria això lícit?

17. La Lucía, advocada, ha adquirit un cotxe que destina tant al seu treball professional com a l'oci i a l'ús familiar. En cas que el cotxe tingui problemes de funcionament, podria al·legar al seu favor les normes protectores del consumidor?

18. L'empresa Empresa, dedicada a la fabricació de sabates, ha contractat la línia telefònica de l'entitat amb l'empresa de telefonia Telèfons. Al cap d'un temps descobreix que, atesa la complexitat del contracte, i que els gestors no tenen coneixements de comunicació telefònica, els estan aplicant una tarifa per uns serveis que no havien demanat i que no eren necessaris. A l'hora de reclamar, ho faran com a consumidors o com a empresaris?

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

1. Va sorgir als segles X-XI; eren costums creats pels mateixos comerciants que aplicaven jutges que eren també comerciants (dret de comerciants aplicat per comerciants).

2. La idea de crear un "mercat únic" imposa dotar-lo de regles uniformes en nombrosos aspectes, alguns dels quals són mercantils. Però la Unió no té competències en totes les matèries que, clàssicament, s'estudien en el dret mercantil. Per això, alguns aspectes mercantils sí que tenen regulació comunitària (dret de la competència, dret de societats, protecció de consumidors, etc.) i altres no (com la majoria dels contractes entre empresaris).

3. No existeix cap llei mercantil que reguli específicament com s'acredita de bona fe l'autoria d'una obra d'art. Per això, sí que seria aplicable un ús del comerç, però només si és "generalment observat a la plaça" (això és, a la localitat) en la qual es va fer la manifestació (la qual cosa, òbviament, també inclou usos que s'observin a tot Espanya, o a tota la regió). Que existeix aquest ús, i en aquesta localitat, correspondria acreditar-ho a qui ho al·lega. Si es provés, aquest ús prevaldria sobre el "dret comú" (que regeix a falta de llei especial i d'ús de comerç). L'STS de 9 d'octubre de 1981 va considerar acreditat un ús d'aquest tipus en el sector de venda d'obres d'art.

4. En relació amb el Codi de comerç, no és clar si seria "comerciant". No fa un acte de comerç (l'exercici de l'advocacia o d'una professió no es considera com a acte de comerç en el Codi de comerç); però seria discutible si fa un "acte anàleg" a un acte de comerç (podríem raonar, per exemple, que els actes de comerç es caracteritzen per ser activitats econòmiques organitzades amb racionalitat econòmica i ofertes al mercat). Possiblement seria un xic forçat pretendre que existeix analogia amb els actes de comerç codificats (el codi està pensant en actes bastant diferents d'aquest).

Sí que seria empresari des de la perspectiva de la Llei general de defensa de consumidors i usuaris (vegeu-ne l'art. 4); igualment seria emprenedor en el sentit de la Llei de suport als emprenedors, i seria operador econòmic en relació amb la Llei de garantia de la unitat de mercat.

5. En Joan és empresari. Encara que no pren les decisions empresarials de l'activitat de la llibreria (si bé la de triar la Maria com a gestora sí que l'ha pres), l'empresa de llibreria l'exerceix ell. La Maria és una factora, una apoderada per en Joan perquè s'ocupi de la gestió ordinària del negoci, amb un poder de gestió ampli que abasta el "gir i tràfic" de la llibreria.

6. Si el jutge té lliure disposició dels seus béns, sí que tindria capacitat legal per a exercir el comerç. No pot exercir-lo, perquè ho té prohibit a fi d'evitar possibles conflictes d'interès. Sí que pot ser soci d'una societat mercantil, sempre que no sigui soci majoritari amb més del 50% dels drets de vot (si ho fos, caldria entendre que està exercint de forma indirecta el comerç, atès que controlaria de fet la voluntat de la societat).

7. Sí que pot actuar a Espanya. Pel principi de llibertat d'establiment (art. 49 i següents TFUE), a un empresari comunitari constituït conforme a la seva llei nacional no se li poden exigir més requisits per a operar a Espanya (principi de passaport comunitari). Si no fos empresa comunitària la legislació espanyola sí que podria imposar requisits específics.

8. Responen els resultats del comerç sempre que són béns de guanys. Els altres béns de guanys, fins i tot aquells obtinguts pel seu cònjuge, respondran també si tots dos cònjuges hi consenten; o si en Lluís sap que l'Antònia exerceix el comerç i no s'oposa a això expressament (art. 7 CdeC). Si en Lluís s'oposa al fet que els béns de guanys responguin dels deutes, sí que respondrien els resultats de comerç, però no els altres guanys.

9. La batedora seria un producte defectuós, atès que no ofereix la seguretat que se'n podria esperar i és perillosa per a la integritat física de l'usuari. El productor respon pels danys causats encara que no tingui culpa ni dol en la seva causació. No obstant això, en Pere haurà de provar el dany, que el producte és insegur i la relació de causalitat entre aquesta qualitat d'insegur i el dany. La responsabilitat afecta el productor, entenent per productor tant el fabricant com l'importador (art. 135 LGDCU). Fins i tot pot ser responsable, en certs casos, el proveïdor.

10. No, no n'hi hauria prou. La comptabilitat de l'empresari no té un valor probatori específic, atès que l'elabora ell mateix i no hi ha un control extern de la seva veracitat. Aquesta anotació comptable pot ser un índex, que unit a uns altres sí que pot acreditar la realitat del negoci que s'afirma.

11. En ser empresa de mida reduïda, que compleix els paràmetres de l'art. 257 LSC, podrà redactar el balanç en format abreujat, amb menys detall. A més, no caldrà formular estat de

fluxos d'efectiu, i a partir de l'1 de gener de 2016, tampoc estat de canvis en el patrimoni net. Finalment, els comptes no se sotmetran, com a regla general, a auditoria (art. 263.2 LSC).

12. En ser l'informe desfavorable, la jurisprudència considera que un possible acord d'aprovació dels comptes seria impugnabile, ja que tals comptes no reflecteixen la imatge fidel de l'empresa. En canvi, la societat no podria ser multada per això, o almenys no només per això (sí que podria ser multada per infraccions de normativa comptable, o per fraus fiscals o administratius, però sempre que es compleixin altres requisits, no únicament per l'informe desfavorable d'auditoria).

13. En principi, en Pere és un "factor" de l'empresa Botiga, un apoderat posat al capdavant del negoci per l'empresa, amb un ampli poder per a gestionar l'empresa com si fos el mateix empresari. Per això, Proveïdor creia, fins i tot, que ell era l'empresari. Per això, Botiga no pot al·legar davant de Proveïdor una limitació al poder d'en Pere, ja que en ser un "factor notori" obliga l'empresa en actuacions pròpies del gir i tràfic de l'entitat.

Caldria matisar la resposta si Botiga hagués inscrit en el Registre Mercantil aquest poder limitat que va concedir a en Pere. Malgrat això, part de la doctrina mercantilista segueix opinant que el poder del factor notori no pot ser limitat enfront de tercers ni tan sols inscrivint aquest poder en el registre.

14. El preu el fixen lliurement les parts, i per tant Societat pot exigir el preu que desitgi, superior o inferior al valor real del bé que es ven. A part d'això, està justificat que Societat sol·liciti un preu superior a 5.000.000 euros perquè l'empresa, com a tal, en estar ben gestionada i tenir bones expectatives, té un valor superior a la suma dels valors objectius dels seus béns i drets. El "fons de comerç" suposa aquest major valor.

15. Un empresari pot gestionar diverses empreses. La comptabilitat, en canvi, és única de l'empresari, per la qual cosa seria una comptabilitat comuna a les diferents empreses. En la pràctica, si un empresari gestiona diverses empreses sol constituir una persona jurídica per a cada empresa, que operi com a titular de cadascuna (com a empresària, en sentit jurídic), i així aconsegueix que per a cada empresa hi hagi una comptabilitat específica.

16. La Lola i el Felip han fet un lloguer de l'empresa. Per a mantenir el gaudi pacífic de l'arrendatari, i a més per a complir amb el deure que la clientela es mantingui fidel al nou empresari (a Gestió), no podrien competir amb aquesta mateixa activitat al mateix territori. Caldria veure on està situat el bar que es plantegen llogar la Lola i el Felip, i veure si realment podrien restar-li la clientela al bar regentat a l'agost per Gestió.

17. La Lucía actua en part com a consumidora i en part com a empresària. La jurisprudència comunitària estableix que en aquests casos no cal al·legar al seu favor la normativa de protecció de l'interès del consumidor. La Lucía podria al·legar que dedica el cotxe a ús familiar i oci, però s'arrisca que el venedor provi que també en fa un ús professional.

18. En principi, Empresa no és consumidor, perquè no actua amb propòsit aliè a "la seva" activitat empresarial, sinó justament a l'inrevés: contracta el telèfon per a l'activitat empresarial.

Ara bé, Empresa podria argumentar que sí que es troba en la posició d'asimetria informativa i de falta de coneixements i experiència en aquest sector de la telefonia pròpia d'un consumidor. Aquesta posició és la que, teòricament, justifica que es dictin normes per a la protecció del contractant, que no coneix les característiques i les tècniques d'aquest sector. Per això, podria demanar que se li apliquessin aquestes normes del consumidor per analogia. A Espanya la doctrina tendeix més aviat a admetre aquest tipus de raonaments, però la jurisprudència, ara com ara, no sol admetre'ls.

Glossari

actes de comerç *m pl* Negocis i contractes recollits en el Codi de comerç, que estableixen els requisits perquè a aquests negocis se'ls apliqui la normativa del Codi de comerç, i no la normativa del Codi civil. En principi, són negocis i contractes mercantils amb independència que el subjecte que els dugui a terme sigui comerciant (encara que alguns sí que exigeixen que una de les parts sigui comerciant).

auditoria de comptes *f* Verificació dels comptes anuals per tal de dictaminar si expressen la "imatge fidel" del patrimoni, de la situació financera i dels resultats de l'entitat auditada, d'acord amb el marc normatiu d'informació financera que escaigui aplicar.

consumidor *m* Persona física que actua amb un propòsit aliè a la seva activitat comercial, empresarial, ofici o professió. Són també consumidors a l'efecte de la Llei general de defensa de consumidors i usuaris les persones jurídiques i les entitats sense personalitat jurídica que actuen sense ànim de lucre en un àmbit aliè a una activitat comercial o empresarial.

comptes anuals *m pl* Documents comptables que han de mostrar la "imatge fidel" del patrimoni, de la situació financera i dels resultats de l'empresa. Els comptes anuals estan integrats pel balanç, el compte de pèrdues i guanys, l'estat que reflecteix els canvis en el patrimoni net, l'estat de fluxos d'efectiu i la memòria.

comptes consolidats *m pl* Comptes anuals que ha de presentar un grup de societats, consolidant els moviments econòmics entre les societats del grup, i independentment del deure de presentar els comptes cada societat del grup.

Dret mercantil *m* Per a la doctrina majoritària espanyola actual, el dret dels empresaris i de la seva activitat; per a un altre sector doctrinal, el dret de l'activitat econòmica privada duta a terme en el marc del mercat. Per raons històriques comprèn l'estudi de l'empresari, de les societats mercantils, dels títols valor, dels contractes mercantils i del dret concursal.

emprenedor de responsabilitat limitada *m* Empresari persona física que, complint certs requisits, no respondrà dels seus deutes "empresarials" amb el seu habitatge habitual.

empresa *f* Realitat conjunta immaterial, constituïda per uns elements materials (els béns adscrits a l'activitat empresarial), uns elements immaterials (drets dels quals és titular l'empresa) i l'activitat organitzativa de l'empresari, que els dota de coherència i racionalitat i confereix al conjunt unes expectatives de guany econòmic.

empresari *m* (concepte econòmic) Subjecte que organitza factors de producció (capital i treball) de conformitat amb un sistema i amb un càlcul econòmic, per oferir béns o serveis al mercat.

empresari *m* (concepte legal a l'efecte de la legislació de consumidors) Tota persona física o jurídica, ja sigui privada o pública, que actua directament o a través d'una altra persona en el seu nom o seguint les seves instruccions, amb un propòsit relacionat amb la seva activitat comercial, empresarial, ofici o professió.

establiment *m* Conjunt objectiu de béns i drets que constitueixen la realitat física de l'empresa.

factor de comerç *m* Gerent d'una empresa o establiment fabril o comercial per compte d'altri, autoritzat per a administrar-lo, dirigir-lo i contractar sobre les coses que s'hi refereixen, amb més o menys facultats, segons hagi considerat convenient el propietari. Té un ampli àmbit de decisió, la qual cosa el converteix en un *alter ego* (un altre jo) de l'empresari.

fons de comerç *m* Valor afegit que té l'element organitzatiu de l'empresari, i que fa que una empresa considerada en el seu conjunt tingui un valor molt superior a la simple suma aritmètica del valor dels béns i drets que la integren.

legislació mercantil *f* D'acord amb l'art. 149.1.6 CE, la "legislació mercantil" és competència exclusiva de l'Estat, si bé en la majoria d'estatuts d'autonomia es recullen competències que, en part, abasten aspectes estudiats tradicionalment dins del dret mercantil.

producte defectuós *m* Aquell que no ofereix la seguretat que se'n podria esperar legítimament, tenint en compte totes les circumstàncies i, especialment, la seva presentació, un ús raonablement previsible del producte i el moment de la seva posada en circulació; especialment, és defectuós si no ofereix la seguretat normalment oferta pels altres exemplars de la mateixa sèrie.

prohibicions i incompatibilitats per a exercir el comerç *f pl* Supòsits en els quals persones que, en principi, tenen la capacitat legal per a exercir el comerç, no poden exercir-lo per raons de política legislativa i de conflicte d'interessos.

usos de comerç *m pl* Regles d'actuació repetides en el tràfic comercial que es consideren obligatòries per als qui les apliquen. Són font del dret, si no existeix una llei mercantil que reguli aquesta matèria, i amb preferència a la regulació de la Llei civil (de la Llei comuna).

Bibliografia

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (dir.) (2015). *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*. Cizur Menor (Pamplona): Aranzadi.

Cámara Lapuente, Sergio (dr.) (2011). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Majadahonda (Madrid): Colex.

Girón Tena, José (1985). *Tendencias generales en el derecho mercantil actual*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Gondra Romero, José María (1997). "La estructura jurídica de la empresa (el fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la teoría general del derecho)". *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 226, págs. 493-592).

Hernando Cebriá, Luis (2002). *La empresa como objeto de negocios jurídicos*. València: Tirant lo Blanch.

Juste Mencía, Javier (2002). *Factor de comercio, gerente de empresa, director general. Estudio jurídico mercantil*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.

Llebot Majó, Oriol (1996). "Doctrina y teoría de la empresa en Derecho mercantil". *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 220, págs. 319-388).

Marina García-Tuñón, Ángel (1998). *La auditoría de las cuentas anuales: aspectos sustantivos*. Valladolid: Lex Nova.

Rubio García-Mina, Jesús (1969). *Introducción al derecho mercantil*. Barcelona: Nauta.

