
Concepto y sujetos en el derecho mercantil

PID_00267397

Eduardo Valpuesta Gastaminza

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 5 horas





**Eduardo Valpuesta
Gastaminza**

Catedrático de Derecho Mercantil
de la Universidad de Navarra.

La revisión de este recurso de aprendizaje UOC ha sido coordinada
por el profesor: Miquel Peguera Poch (2019)

Segunda edición: septiembre 2019
© Eduardo Valpuesta Gastaminza
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realización editorial: FUOC

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares de los derechos.

Índice

Introducción.....	5
Objetivos.....	6
1. Concepto y fuentes del derecho mercantil.....	7
1.1. Evolución histórica y concepto del derecho mercantil	7
1.1.1. Breve referencia histórica	7
1.1.2. El eterno problema del “concepto” del derecho mercantil	9
1.1.3. Aspectos territoriales del derecho mercantil	10
1.2. Fuentes del derecho mercantil	11
1.2.1. Planteamiento del Código de comercio	11
1.2.2. El Código de comercio y, en general, la legislación especial	12
1.2.3. Los usos de comercio	13
1.2.4. El derecho común	14
2. Sujetos del derecho mercantil (I): el empresario.....	15
2.1. Concepto de empresario	15
2.2. Adquisición y pérdida de la condición de empresario	19
2.2.1. Consideraciones generales	19
2.2.2. Capacidad legal, incompatibilidades y prohibiciones ...	21
2.2.3. Empresario extranjero	22
2.3. Responsabilidad del empresario	23
2.3.1. La responsabilidad patrimonial universal: delimitación del patrimonio de responsabilidad	23
2.3.2. Responsabilidad del empresario persona física: empresario casado, emprendedor de responsabilidad limitada	23
2.3.3. Responsabilidad contractual y extracontractual. Responsabilidad por productos defectuosos	26
2.4. Obligaciones contables	28
2.4.1. Razones de la exigencia de una contabilidad ordenada. Normativa contable	28
2.4.2. Requisitos de la contabilidad. Valor probatorio	30
2.4.3. Conservación de los documentos contables. Secreto de la contabilidad	31
2.4.4. Libros de los empresarios	32
2.4.5. Las cuentas anuales	33
2.4.6. Verificación de las cuentas anuales. Auditoría de cuentas	34

2.4.7.	Depósito y publicidad de las cuentas anuales	36
2.5.	Auxiliares del empresario	37
2.5.1.	Planteamiento general	37
2.5.2.	Apoderados del empresario: factor, dependiente y mancebo	37
2.5.3.	Agentes comerciales	39
2.6.	Empresa y establecimiento mercantil	40
2.6.1.	Consideraciones generales	40
2.6.2.	Establecimiento mercantil. En especial, las mercaderías. Establecimiento principal y sucursales	41
2.6.3.	Transmisión de la empresa o del establecimiento	42
3.	Sujetos del derecho mercantil (II): el consumidor	47
3.1.	Concepto de consumidor	47
3.2.	La “protección del consumidor” en el derecho privado actual ...	49
3.2.1.	Razones de la protección del consumidor	49
3.2.2.	La protección del consumidor en el derecho privado actual: “generalización” de reglas nacidas dentro del “derecho del consumo”	50
3.3.	Normativa de protección de los intereses de consumidores y usuarios	51
	Resumen	54
	Ejercicios de autoevaluación	57
	Solucionario	59
	Glosario	62
	Bibliografía	64

Introducción

Dentro del grado de Derecho es común estudiar como asignatura el llamado derecho mercantil, que engloba una serie de contenidos que eran los que inicialmente estaban en el Código de comercio de 1885: el comerciante, su concepto y estatuto; las sociedades mercantiles; los contratos mercantiles; los títulos-valor; el derecho marítimo; y el derecho de quiebras. Hoy en día la mayoría de estas instituciones ya no se regulan en el Código, sino en leyes especiales, pero por tradición el contenido de la asignatura se mantiene incólume, con cambios importantes en el enfoque de la regulación.

Es fácil identificar el derecho mercantil con el derecho de la empresa o del empresario. Así, se estudiaría el régimen jurídico de la empresa (concepto y elementos), de los empresarios personas jurídicas (sociedades mercantiles, especialmente las sociedades de capital), de los medios de pago entre empresas (títulos-valor), de los contratos en que intervienen empresarios (contratos mercantiles), y de la insolvencia del empresario (derecho concursal). En realidad, más que el derecho de la empresa/empresario es el derecho de la actividad económica privada realizada en el marco del mercado; actividad económica en la que los empresarios son los sujetos más cualificados o específicos, pero en la que debe atenderse por igual el interés de los no-empresarios, o consumidores.

Dentro de este módulo lo que se estudia es la parte inicial o introductoria del derecho mercantil, que es la relativa al concepto y fuentes, y a los sujetos que desarrollan esa actividad económica privada. Expuestas estas ideas iniciales, el resto de módulos van estudiando la institucionalización de mercado, la configuración jurídica de los empresarios personas jurídicas (derecho de sociedades), los medios de pago (títulos-valor), los contratos en los que intervienen empresarios (bien entre empresarios, bien entre empresario y consumidor), y la insolvencia de los sujetos (derecho concursal).

Objetivos

1. Comprender cómo fue el surgimiento del derecho mercantil, como un conjunto de reglas contrapuestas al derecho civil entonces existente, y cómo ha ido evolucionando a través de los siglos.
2. Comprender los diversos conceptos que se suelen exponer del derecho mercantil, y advertir los valores o enfoques que supone cada uno de ellos.
3. Razonar acerca del concepto económico y jurídico de empresario, advirtiendo su cualidad fundamental de iniciativa en la actividad económica y de organizador de elementos de producción.
4. Aprender las normas básicas de la capacidad del empresario, de forma que sepa quién no puede ser empresario o quién lo tiene prohibido.
5. Advertir los rasgos fundamentales del régimen de responsabilidad del empresario, con especial énfasis en el supuesto de empresario persona individual casado, y de algún régimen especial de responsabilidad, como el de productos defectuosos.
6. Comprender las razones de que los empresarios lleven una contabilidad, y el régimen fundamental de esta en sus aspectos formales.
7. Razonar acerca de la empresa y del establecimiento como conjunto ideal de bienes, derechos y relaciones de hecho, y entender los problemas que plantea su transmisión.
8. Comprender el concepto de consumidor, las razones de su especial régimen jurídico de protección, y la normativa básica de regulación.

1. Concepto y fuentes del derecho mercantil

1.1. Evolución histórica y concepto del derecho mercantil

1.1.1. Breve referencia histórica

El derecho mercantil nació en la baja edad media (siglos X-XI), cuando en Europa se fue asentando una época de paz que permitía que los comerciantes viajaran ofreciendo sus mercancías de feria en feria. Hasta entonces, las continuas invasiones y guerras habían ocasionado una economía de autarquía, en la que cada núcleo urbano se autoabastecía con lo que producían sus habitantes. Pero la paz facilita ese comercio interurbano de sujetos que van de ciudad en ciudad, y la actividad de artesanos y fabricantes que dan salida a sus productos fuera de su localidad, gracias a que esos comerciantes los ofrecen en otros lugares. Pues bien, para los “problemas” que surgen de ese comercio interlocal, el derecho existente se mostraba totalmente inadecuado: era un derecho agrario y familiar, con elementos “mágicos” aportados por las tradiciones bárbaras, y con elementos del derecho canónico poco adecuados a una actividad lucrativa (prohibición del préstamo con interés, etc.).

Surgen entonces costumbres creadas por los propios mercaderes en el ejercicio de su actividad, que además son “aplicadas” por jueces que son los propios comerciantes de cada ciudad. Los tribunales (consulados) son propios de las corporaciones de comerciantes, y fallan los litigios con base en la buena fe y en la equidad por medio de procesos ágiles y rápidos. Ese “derecho del comercio” es, así, un derecho pegado a la realidad: creado por comerciantes, y aplicado por comerciantes. Nacen, de esta manera, instituciones como la “comisión mercantil” (los artesanos encargaban al comerciante que vendiera sus productos en otras ferias, quedándose con una comisión de esa venta), la “letra de cambio” (para evitar llevar dinero en metálico en los largos viajes por caminos inseguros), etc. Los usos se van compilando en las diversas ferias y localidades, si bien son sustancialmente iguales en cada sitio porque los comerciantes nómadas los van extendiendo de manera uniforme.

Posteriormente, con el advenimiento del Estado moderno, el derecho mercantil deja de ser consuetudinario, creado por los propios comerciantes, y pasa a ser derecho emanado del monarca, y además aplicado por jueces profesionales que no son comerciantes. Las antiguas recopilaciones de usos solo son derecho si reciben la sanción del poder público, y se pierde la frescura de la creación espontánea de nuevas reglas. El Estado, además, adopta los criterios capitalistas del tráfico comercial en su gestión económica y política (el llama-

do “mercantilismo”), lo cual además le lleva a controlar la actividad comercial (autorización de las sociedades anónimas, privilegios para el ejercicio de la industria, etc.).

La Revolución Francesa y la época de la codificación suponen una nueva visión de este derecho. La abolición de estamentos y gremios hace que se considere inadecuado conceptuar el “derecho mercantil” como un “derecho de los comerciantes” (un derecho de clase), y por eso los códigos racionalistas de principios del siglo XIX compilan las normas mercantiles como propias de los “actos de comercio”, cualquiera que sea la cualificación subjetiva de quien los realice. La doctrina que intentó explicar así el derecho mercantil durante el siglo XIX intentó aislar una materia objetiva “mercantil”. Por otra parte, el derecho mercantil se consideraba propio de la actividad lucrativa de los comerciantes e inversores, basada en la rapidez y en la fácil exigibilidad de los compromisos. Frente a él, el derecho civil seguía construido con base en una economía agraria y conservadora, con un *tempo* distinto y una mayor consideración personal (hay que recordar al deudor que tiene que pagar, cabe conceder plazos de gracia para el pago, el préstamo es sin interés, el mandato es gratuito, etc.).

A partir de mediados del siglo XX la realidad económica ha cambiado diametralmente respecto de siglos anteriores. La “mentalidad económica lucrativa” se ha generalizado en toda la sociedad: todos utilizamos diversos medios de pago, buscamos oportunidades de inversión en cuanto tenemos ahorros, pedimos prestado para adquirir bienes o disfrutar del ocio, exigimos el cumplimiento de nuestros créditos con rapidez y precisión... Esto hace que ya no exista una “mentalidad lucrativa” distinta a la “mentalidad agrícola”, sino una generalización de aquella. Por eso en muchos países, y en el propio derecho de la Unión Europea, ya no se distingue una “actividad mercantil” contrapuesta a la “actividad civil”, de forma que no existe un Código de comercio contrapuesto al Código civil (es así en Suiza, Italia u Holanda), o no se distingue un “Derecho mercantil” como enfrentado al civil, sino simplemente un derecho de la actividad económica (en la Unión Europea). Sin embargo, otros países mantenemos la existencia de dos ramas del ordenamiento separadas, por razones de puro arrastre histórico, y también simplemente docentes (las “asignaturas” “Derecho civil” y “Derecho mercantil” propias del Plan docente de 1954 han creado dos grupos de docentes, dos áreas de conocimiento, etc.). Incluso, aunque la mayoría de estudiosos de derecho civil y mercantil defienden que debería unificarse un derecho de obligaciones y contratos unitario, porque ya no existen dos mentalidades distintas que justifiquen la separación, recientemente el Gobierno encargó la redacción de un nuevo Código mercantil. Y esta redacción mostró que en un texto que no ha llegado a ser siquiera proyecto de ley, no solo se mantenía la distinción de obligaciones y contratos mercantiles, sino que además se enconaba la separación, al establecer reglas aún más radicalmente distintas de las propias del derecho civil (que, por tradición y por definición, es el “derecho común”). Por lo tanto, hoy en día en España mantenemos la realidad de dos materias distintas (con códigos propios, y áreas

de conocimiento universitario separadas), cuando en la mayoría de los demás países modernos ya no se mantiene esta distinción, y cuando el moderno derecho internacional del comercio y comunitario tampoco se basa en la misma.

1.1.2. El eterno problema del “concepto” del derecho mercantil

Al existir el “derecho mercantil” como una materia distinta, esto obliga a proponer un “concepto” de derecho mercantil que explique su distinción y autonomía respecto de otras ramas. Dejando aparte construcciones sobre el concepto que se han ido sucediendo en nuestro país, a fines del siglo XX la postura mayoritaria defendía que el derecho mercantil es el propio de los empresarios y su actividad. Esa actividad empresarial tendría unas ciertas características contrapuestas a las de la actividad no-mercantil o civil: mayor rigor en la exigencia de las obligaciones, rapidez en el cumplimiento, fin de lucro, etc. El empresario es, así, el sucesor del “comerciante” de los códigos decimonónicos, y ya no existe problema por delimitar una rama del ordenamiento con base en un grupo de sujetos con una dedicación profesional específica (el derecho del empresario), porque esto no implica un privilegio para tales sujetos, ni configura un “derecho de clase”.

Esta concepción, al menos teóricamente, encontraría un cierto respaldo en el Código de comercio. Este pretende regular los “actos de comercio” (como antes he señalado, como algo distinto e independiente de las cualidades subjetivas de quienes los realicen; como dice el Código, “sean o no comerciantes los que los ejecuten”), y señala que se reputan actos de comercio los contenidos en el Código “y cualesquiera otros de naturaleza análoga” (art. 2.2 CdeC). Esto apoyaría que existe una materia “comercial” *per se*, y habría que definirla o delimitarla. Y rastreando los actos de comercio recogidos en el Código, lo común a todos ellos es el ser realizados por empresarios dedicados profesionalmente a esas labores contempladas en la norma (comprar para revender, transportar profesionalmente, etc. En este sentido el Código se traicionaría a sí mismo, pues si bien los actos de comercio, en abstracto, no exigen la presencia de un comerciante, luego en concreto sí los van caracterizando por esta intervención subjetiva).

Frente a esta concepción, existe otra (que profesa quien esto escribe) que defiende, más bien, que el actual derecho mercantil es el derecho de la actividad económica privada realizada en el marco del mercado. En esa actividad uno de los sujetos principales es, obviamente, el empresario, pero junto a él se sitúa el consumidor, como destinatario final de los productos, en igualdad de “importancia”. No es que un “derecho de los empresarios” suponga un “privilegio para los empresarios”, pero sí que confiere una cierta preeminencia a este sujeto, y parece pensar que exige un estatuto o unas reglas especiales, lo cual no es cierto. Es la actividad comercial de producción de bienes y servicios hacia el mercado (y, en último término, hacia el consumidor) la que genera unas características especiales. Frente a ello, las obligaciones y contratos civiles son las que no se ofertan al mercado (por ejemplo, un vecino o un pariente

nos transporta unos muebles en su furgoneta particular, o nos presta un dinero. Ese vecino o pariente no se dedica a eso, ni lo ofrece a cualquiera, sino únicamente a nosotros por esa relación personal específica. De igual forma, una persona que cultiva su huerta para autoconsumo no dirige su actividad al mercado, no va a ofrecer ese producto de forma generalizada a cualquiera que desee adquirirlo).

El derecho mercantil es una de las divisiones formales del “derecho privado”, caracterizado por ser una relación entre iguales (entre personas con el mismo poder o cualificación) basada en la negociación libre (fijación libre del precio y de las demás condiciones del negocio). Frente a él, el “derecho público” se caracteriza por que la Administración pública tiene una preeminencia, basada en su teórica defensa del interés general y el bien común, y puede imponer a los administrados una serie de obligaciones sin negociación alguna, y sin una contraprestación (al menos, aparente) correlativa. Ciertamente la caracterización del derecho público frente al derecho privado no es tan marcada y radical como antaño, pero sigue siendo una forma válida de explicar principios básicos de las ramas adscritas a cada división. De todas formas, el derecho mercantil (como, en general, todas las ramas del ordenamiento) se va “administrativizando” cada vez más, pues existe una regulación administrativa de muchas de las actuaciones típicas de la actividad mercantil: marco de la competencia, estatuto del empresario, contratación con consumidores, comercio minorista, mercados financieros, etc. Para algunos, se trata de que el interés general exige una regulación mínima de ciertos aspectos en las relaciones entre particulares; para otros, entre los que me encuentro, se trata de una inflación exagerada de la injerencia del Estado en las relaciones privadas, que en su intento “paternalista” de protección impone a menudo su forma de entender cómo deben ser las relaciones humanas.

En cualquier caso, la distinción entre las diversas ramas del ordenamiento jurídico es siempre artificial. El derecho es uno solo, y únicamente se comprende bien en su integridad. Lo que pasa es que para estudiarlo es preciso “trocearlo” de alguna manera. La mayor parte de los problemas reales tienen aspectos mercantiles, fiscales, civiles, administrativos, etc. que nunca deben perderse de vista. Por esto, también, la discusión sobre el “concepto” del derecho mercantil no debe llevarnos más allá de buscar un concepto funcional que nos permita explicar la razón de aislar ese conjunto de materias que, históricamente, conforman esta rama del ordenamiento.

1.1.3. Aspectos territoriales del derecho mercantil

Hay que destacar que hoy en día buena parte de la actividad comercial se realiza en un ámbito internacional, entre empresas de países distintos, de forma que tan importante como el derecho nacional, e incluso más, es el derecho internacional del comercio. Un derecho globalizado y realmente uniforme, porque existen numerosas normas que se aplican (en la mayoría de los casos, por voluntad de las partes), evitando los derechos nacionales que, a menudo,

resultan muy poco adecuados al tráfico internacional (por arrastres históricos en la regulación, por obsoletos, etc.). Así, en materia de compraventa o de transporte existen convenios internacionales a los que se han adherido la inmensa mayoría de los países relevantes, y en el ámbito bancario y financiero hay numerosas reglas que son ampliamente aceptadas por las partes a la hora de cerrar su negocio (reglas sobre créditos documentarios, sobre cartas de crédito, sobre garantías autónomas, etc.).

Dentro de la Unión Europea, el derecho comunitario tiene gran relevancia para el derecho mercantil. La idea de crear un “mercado único” impone dotarlo de reglas uniformes en numerosos aspectos que, algunos de ellos, son mercantiles. Por ejemplo, la competencia lícita y leal debe practicarse en todo el mercado común, y por eso una parte del Tratado fundacional se refiere precisamente a la salvaguarda de la competencia (véase más adelante en el módulo “La institucionalización del mercado”); o la libertad de establecimiento y circulación exigen que los requisitos de constitución y actuación de las sociedades mercantiles se hallen armonizados (y eso ha dado lugar a numerosas directivas para cohesionar esta regulación). Pero la Unión no tiene competencias en todas las materias que, clásicamente, se estudian en el derecho mercantil. Así, no las tiene en cuanto a la contratación privada. Sin embargo, la protección de consumidores (que sí es competencia de la Unión) ha dado lugar a la creación de un cuerpo normativo muy importante en este ámbito, que de una u otra forma se ha ido generalizando a toda la materia contractual (en buena manera, porque esa protección del consumidor se ha fundamentado en instituciones clásicas del derecho de obligaciones y contratos). Además, como todos los países comunitarios han ratificado los convenios internacionales relevantes (en materia de compraventa o transporte, por ejemplo), de hecho en esa negociación internacional se aplican reglas iguales. Por lo tanto, bien como derecho comunitario en sentido estricto, bien como derecho de consumidores, bien como derecho internacional convencional, de hecho en la Unión Europea las reglas mercantiles que se practican son iguales o similares.

Por último, debe destacarse que las comunidades autónomas, en España, también tienen ciertas competencias que podríamos considerar “mercantiles”, cuestión que será tratada en el epígrafe siguiente, al hablar de las fuentes.

1.2. Fuentes del derecho mercantil

1.2.1. Planteamiento del Código de comercio

Conforme al artículo 2 CdeC: “Los actos de comercio, [...] estén o no especificados en este Código, se registrarán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del derecho común”. Se trata de una norma típicamente decimonónica, en la que el derecho especial mercantil se entiende

contenido en el Código; supletoriamente, se aplicaría la costumbre mercantil; y supletoriamente, el derecho común. Hoy en día este orden de fuentes sigue siendo el formalmente vigente, si bien la realidad es algo distinta.

1.2.2. El Código de comercio y, en general, la legislación especial

Cuando, en 1885, el Código declaraba como primera norma de aplicación al propio Código de comercio, era porque en este se contenían todas las normas mercantiles de aquel entonces; todas las normas especiales respecto de las del Código civil. Pero desde entonces, siempre se ha interpretado que en realidad la primera norma aplicable es la “norma mercantil”, esté contenida en el Código de comercio o en una ley especial.

Hoy en día, la importancia real del Código de comercio es mínima. En primer lugar, porque este cuerpo legal ha quedado “reducido” a unas muy pocas normas, dado que la mayoría de su contenido se ha regulado en leyes especiales que han dejado “vacíos” los preceptos del Código. De 955 artículos, solo quedan formalmente vigentes poco más de 300, y muchos de ellos sin aplicación material real. La inmensa mayoría de la regulación mercantil está en “leyes especiales” que, además, en la mayoría de los casos no se denominan formalmente como mercantiles: por ejemplo, la ley de contrato de seguro o del transporte terrestre no son leyes mercantiles ni civiles, ni califican de civil o mercantil a ese contrato concreto. Por lo tanto, más que hablar de la “ley mercantil” como primera fuente, habría que decir que la primera fuente es la norma escrita que se refiere específicamente a la institución de que se trate (el contrato de seguro, el de transporte terrestre de mercancías, el comercio electrónico, etc.).

Por “legislación” debe entenderse norma escrita, emanada de órganos con potestad para dictar normas y que actúen dentro de sus competencias. Esto incluye normas con rango de ley y con rango inferior a ley. E incluye, también, normas comunitarias (que en ciertos casos son puro derecho interno, sin necesidad de acto alguno de autorización, desarrollo ni adaptación), y autonómicas (dictadas dentro de las competencias de la comunidad autónoma), referidas a esa institución en concreto.

En principio, la “legislación mercantil” es una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6 CE), lo cual resulta lógico para salvaguardar la “unidad de mercado”. Sin embargo, este punto de partida se ve muy relativizado cuando se intenta determinar qué se entiende por “legislación mercantil”, pues en los propios preceptos constitucionales de reparto competencial existen instituciones “mercantiles”, como la propiedad industrial o las bases de la ordenación del crédito, banca y seguros (por lo cual, parece que no todo el “derecho mercantil” es “legislación mercantil”), y en diversos estatutos de autonomía se recogen competencias de la comunidad autónoma en materias que abarcan cuestiones de derecho mercantil (como ferias y mercados, protección del consumidor, derecho cooperativo, etc.). Todo ello hace que se hayan planteado

bastantes conflictos de competencia (frente a normas autonómicas que posiblemente invaden legislación mercantil, o frente a normas estatales que posiblemente invaden competencias autonómicas semimerchantiles), y que no esté claro el ámbito de regulación. De hecho, cuando una comunidad autónoma tenga reconocida una competencia y dicte normas en virtud de la misma, esa norma autonómica rige en el territorio de la comunidad frente a la norma española general. La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, pretende, entre otras cuestiones, crear un marco único de libertad de establecimiento y libertad de circulación en toda España. Esto debería garantizar a un empresario constituido conforme a la normativa aplicable en su territorio, el poder ofrecer servicios en otros territorios con normas autonómicas o requisitos de acceso a la condición de empresario distintos.

1.2.3. Los usos de comercio

La referencia a los “usos de comercio observados generalmente en cada plaza” es poco menos que anecdótica. El derecho mercantil sí fue, en sus inicios, puro derecho consuetudinario (véase lo dicho anteriormente). Pero hoy en día la mayoría de reglas lógicas (que antes se seguían como usuales) se han recogido en normas escritas, y por eso rigen por ser tal norma. Por eso existen muy pocas reglas que puedan calificarse como verdaderos “usos” o “costumbres”; esto es, como reglas de actuación repetidas en el tráfico comercial que se consideran obligatorias por quienes las aplican. Cuando se realiza un acto tal como “se ha hecho siempre”, rara vez se cree que sea obligatorio actuar así; simplemente se repite porque es lo usual, pero no porque sea obligado. En el siglo XIX posiblemente el derecho consuetudinario podría tener alguna importancia, pero en el XXI constituye un residuo histórico. De todas formas, si realmente existiera un uso reconocido como tal (y habría que acreditarlo ante el tribunal, art. 1.3 Cc) sería obligatorio, pero solo en defecto de norma específica mercantil o especial al efecto (uso *praeter legem*, en defecto de ley).

El artículo 50 CdeC, al referirse a las normas que rigen los contratos mercantiles, indica como tales el código, las leyes especiales y el derecho común. Parece, pues, que excluye que se puedan aplicar los usos. Aunque la cuestión carece hoy de importancia, en general se entiende que los usos también serían aplicables, antes que el derecho común, en materia contractual (a favor, véase STS de 9 de octubre de 1981).

En el ámbito internacional sí existen numerosos usos, numerosas reglas no obligatorias que sin embargo las partes contractuales adoptan para regular su relación porque las consideran más adecuadas que el remitirse a los derechos nacionales. Sin embargo, en la mayor parte de casos no son verdaderos “usos” (obligatorios), sino más bien reglas que las partes aceptan, y que rigen su relación por esa aceptación voluntaria (no porque sean obligatorios por sí). Lo que pasa es que sí existe una “repetición” al aplicarse tales reglas en todas las relaciones internacionales, por voluntad de las partes. Se habla así de una *lex mercatoria*, de un conjunto de reglas distintas a los derechos nacionales que

los contratantes adoptan para su relación (por ejemplo, los Incoterms, las reglas sobre créditos documentarios, sobre cartas de crédito, sobre garantías a primera demanda, los principios Unidroit, etc.). Pero esa *lex* no constituye, en sentido estricto, ley ni costumbre.

1.2.4. El derecho común

Como regla de cierre, en defecto de norma especial o de uso se aplicará el derecho común. Como tal se entiende el derecho civil, siendo el principal problema si esto incluye, cuando exista, el derecho foral. La STS de 28 de junio de 1968, aplicó el derecho foral a una fianza mercantil, pero este criterio luego fue rechazado por otras decisiones, como las SSTS de 16 de febrero de 1987, o de 3 de diciembre de 1981. Se considera que la “unidad de mercado” exige que en materia mercantil no existan especialidades en función del derecho foral (recuérdese que en la legislación mercantil la competencia del Estado es exclusiva, art. 149.1.6 CE). Es lógico que el derecho común sea el “supletorio” cuando en la Ley especial no hay una regla específica para el problema de que se trate. Pero no porque sea “fuente del derecho mercantil”, sino por la propia función de derecho supletorio, de derecho básico o común para lo que carece de regulación especial.

2. Sujetos del derecho mercantil (I): el empresario

2.1. Concepto de empresario

Para entender buena parte del derecho mercantil, es preciso detenerse en las normas que regulan la constitución y actuación del sujeto más relevante dentro del mismo: el empresario. No es que el empresario sea el “centro” de esta rama del ordenamiento, ni es un “privilegiado”, sino que simplemente el tráfico económico que es el objeto de esta materia se realiza por empresarios y, en su parte final, por empresarios y consumidores, y por eso es preciso señalar qué normas regulan a ese sujeto específico.

Hoy en día, conceptuar cuándo un sujeto es empresario o no resulta menos relevante que antaño. En otros tiempos, existía todo un “estatuto jurídico del empresario” que suponían unas normas específicas, pero hoy las diferencias son mínimas. Por poner un ejemplo, los empresarios/comerciantes están obligados a llevar una contabilidad (arts. 25 y sig. CdeC), pero también otros sujetos que puede que no sean empresarios deben llevarla por imperativo de normas fiscales u organizativas propias de ese sujeto. De igual forma, antes los empresarios insolventes se sometían a la quiebra, y los no empresarios no insolventes a concurso, siendo ambos procedimientos bastante distintos en cuanto a su rigor y alcance; mientras que actualmente el proceso es igual para ambos, el concurso (si bien el juez competente sí será distinto, el juez de lo civil para personas físicas no empresarios, y juez de lo mercantil para empresarios, arts. 85.6 y 86 ter.1 LOPJ; en esto sí es relevante la condición de empresario). Pese a que las diferencias no son tantas, sigue conservando, sin embargo, interés deslindar el concepto al menos para esos aspectos.

Desde un punto de vista económico, se suele calificar de empresario al sujeto que organiza factores de producción (capital y trabajo) con arreglo a un sistema y a un cálculo económico, para ofrecer bienes o servicios en el mercado. Los factores organizados pueden ser muchos (una gran nave industrial, máquinas, decenas de trabajadores, etc.) o pocos (una mesa, un ordenador y el trabajo del propio empresario), lo relevante es que exista un sistema organizado de actuación. No es preciso que la empresa busque un lucro económico, ni siquiera que tienda a cubrir sus costes de actuación, pero sí que exista un cálculo económico de dicho coste y una previsión de su cobertura. Por último, es relevante que esa actividad se realice hacia el mercado, pues si no carecería de trascendencia externa. Característico del empresario es que él tiene la iniciativa, una forma especial de desarrollar su actividad que le hace ser exitoso o

Ejemplo

Una persona que administre su patrimonio mobiliario y el de su cónyuge e hijos no es un empresario; si, en cambio, esa misma labor la oferta para asesorar a terceros, sí actúa como empresario. Precisamente porque su actuación tiene trascendencia externa se le obliga a cumplir una serie de obligaciones (contabilidad, obligaciones específicas de los intermediarios financieros en los mercados de valores, etc.).

fracasar; y que él asume el riesgo de esa actividad, pues invierte en esa organización unos bienes, y obtendrá beneficios si resultan ganancias, pero asumirá las pérdidas si el negocio las genera.

Inicialmente se solía considerar al ánimo de lucro como un requisito del concepto empresa, pero actualmente la mayoría de los autores admite que una organización empresarial puede no buscar ganancias, e incluso actuar generando pérdidas ya previstas, con una finalidad concreta (por ejemplo, una empresa pública que apoya a sectores desprotegidos, cumpliendo los requisitos de las ayudas públicas).

Desde el punto de vista jurídico, lo relevante más bien es que el empresario es aquel por cuenta del cual se realiza una actividad empresarial. El Código de comercio indica que son comerciantes quienes, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente (art. 1.1.º CdeC). Con esto quiere decir que comerciante (actual empresario) es aquel por cuenta del cual se ejerce el comercio, aunque no sea quien materialmente realice la actividad empresarial. En cuanto a la habitualidad, es preciso que no se ejecute un acto esporádico, sino de forma continuada.

Por poner un ejemplo, un inversor sin idea alguna de gestión de un negocio de edición funda una editorial con su dinero, y pone al frente de la misma como gestor a un editor profesional (confía en que es un buen gestor, y va a generar muchos beneficios). El empresario, en sentido jurídico, es el inversor, pues a él se imputan las decisiones (y las ganancias y pérdidas) del negocio; pero en sentido económico, las decisiones empresariales las toma el gestor (que, sin embargo, no participa en las ganancias, pues cobra un salario fijo. Aunque también podría tener una participación en esos beneficios, como un incentivo para desarrollar bien su labor). Las deudas del negocio, en ese caso, son del empresario jurídico (el inversor), aunque no tome decisión alguna (aparte de la de haber elegido al gestor); él ha asumido el riesgo de montar la empresa y designar a ese gestor.

Como se aprecia, en realidad lo que hace empresario a un sujeto no es el tipo de actividad (puede ser fabril, industrial, de ofrecimiento de bienes o de servicios, etc.), sino la forma de realizarla: la organización de los medios de producción, la iniciativa, la asunción del riesgo, etc. Por ejemplo, de un club de fútbol decimos que actúa con criterios empresariales (y no puramente deportivos) si busca fundamentalmente la rentabilidad económica y se gestiona con criterios de racionalidad económica.

Distinto del concepto abstracto, económico o jurídico, de empresario, es el concepto “legal”, que resulta relevante a ciertos efectos y para ámbitos concretos. El Código mercantil parte en su articulado de un concepto impreciso de “comerciante”, estableciendo que lo es quien, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedica a él habitualmente (art. 1.1.º CdeC). A su vez, para comprender qué es “ejercer el comercio” parece que debe acudir a cuáles están considerados “actos de comercio”, que son “los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga” (art. 2.2 CdeC). De acuerdo con ello, cabría concluir que comerciante es quien habitualmente realiza actos de comercio comprendidos en el Código o de naturaleza análoga. Precisamente esa “naturaleza análoga” precisa de una interpretación para determinar si, por ejemplo, un profesional liberal que ofrece servicios en el mercado realiza un acto de comercio análogo a los comprendidos en el Código.

Otras normas más actuales aportan nuevos puntos de vista al delimitar el concepto de empresario, si bien a efectos muy diversos (dependiendo, lógicamente, del ámbito de aplicación de esa norma). Así, la Ley general de defensa de consumidores y usuarios (LGDCU) considera empresario “a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión” (art. 4 LGDCU. En este ámbito “empresario” se contrapone a “consumidor”). La Ley 14/2013, de 27 septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAE), considera en su artículo 3 como “emprendedores” a “aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley”. Por su parte, la Ley 20/2013, de 9 diciembre, de garantía de la unidad de mercado, hace pivotar su normativa no ya sobre el sujeto “empresario”, sino sobre el “operador económico”, que se define como “cualquier persona física o jurídica o entidad que realice una actividad económica en España”. Se trata de una nueva opción por un concepto amplio de sujetos que realizan actividad económica en el mercado, si bien el legislador huye de utilizar el término “empresario”. Como se aprecia, todas estas definiciones mantienen una alta imprecisión, pero muestran que el concepto de empresario es bastante amplio, abarcando actividades comerciales, empresariales, oficio o profesión (la LGDCU), o actividades económicas o empresariales (la LAE), o actividad económica en general (Ley 20/2013, si bien para calificarlos de “operadores económicos”).

Partiendo de estos conceptos, es preciso tomar partido en una discusión que tiene importancia práctica, y es la relativa a la consideración, actualmente, como empresarios, de tipos de sujetos que tradicionalmente se han considerado como no-empresarios. Básicamente tal problema se plantea con dos grupos de personas. En primer lugar, los profesionales liberales, que con la titulación adecuada ofrecen sus servicios (de asesoramiento, médico, farmacéutico, etc.) en el mercado. Tradicionalmente, no eran considerados empresarios porque su organización era mínima, y a menudo no implicaban más factores de trabajo que los propios (su actuación personal). La “honorabilidad” de esas profesiones, además, hacía que se contemplaran como una actividad organizada económicamente con criterios distintos a los puramente empresariales (el profesional cobra unos “honorarios”, y realiza más un servicio público que una actividad económica organizada tendente a la obtención de beneficios). Incluso por razones deontológicas se consideraba que no podían utilizar mecanismos que sí estaban abiertos a los empresarios (por ejemplo, la publicidad). Actualmente, sin embargo, la mayoría de profesiones liberales opera con arreglo a criterios empresariales de organización de factores de producción y racionalidad económica, se financia en los mercados de crédito, y por lo demás cumple los requisitos de empresario (oferta servicios al mercado). En segundo lugar, las actividades agrícola, ganadera y artesanal han sido tradicionalmente excluidas también del concepto de empresa. Las razones se comprenden, igualmente, en el marco histórico en el que se formulaba este tipo de juicios. El

agricultor y ganadero no actuaban con técnicas de organización empresarial, no implicaban medios de producción complejos, y su actuación dependía de factores diversos e imprevisibles (climatología, epidemias, etc.). El artesano, por su parte, no realiza una producción en masa, implica una actuación personal (no la combinación de trabajo ajeno), y no precisa de una complejidad de organización. Hoy en día todo esto ha cambiado por completo, y las explotaciones agrícolas y ganaderas suelen ser grandes producciones organizadas con criterios empresariales de actuación conforme a un plan, eficiencia económica, financiación mediante entidades de crédito, contratación de seguros para evitar los daños, etc. De igual forma el artesano sigue realizando una producción personalizada, pero también se organiza de forma distinta a como antaño, y por lo demás cumple los requisitos de ofertar bienes al mercado. Por todas estas razones, existe una tendencia a considerar ahora a ambos grupos de sujetos como empresarios (siempre que actúen hacia el mercado. No lo sería, por ejemplo, el agricultor que cultiva productos para su autoabastecimiento). De hecho, se someten, como cualquier otro operador en el mercado, a normas como las de competencia desleal (arts. 1 y 3 LCD); o a la prohibición de acuerdos colusorios y de abuso de posición de dominio (arts. 1 y 2 LDC); y con arreglo al artículo 4 LGDCU son considerados empresarios “a efectos de lo dispuesto en esta norma” (esto es, como no-consumidores, como personas no protegidas específicamente como consumidores).

Cabe realizar un sinnúmero de clasificaciones de empresarios, por lo que expondré únicamente las que se consideran más relevantes. Por el tipo de actividad, se suele distinguir entre empresarios industriales, comerciales y de servicios. Los primeros son los productores de bienes, bien a partir de materias primas, bien reelaborando, transformando o ensamblando otros bienes previamente fabricados. Los comerciantes son empresarios que se dedican a comprar al productor (o intermediario) y revender al público. Las empresas de servicios pueden realizar infinidad de prestaciones diversas (intermediación, asesoramiento, transporte, depósito, etc.), y actualmente cobran especial relieve las empresas de servicios financieros (entidades de crédito, empresas que intervienen en mercados de valores, aseguradoras, etc.). De una economía basada en la producción y distribución de bienes propia del tiempo del Código de comercio se ha pasado a una economía con preponderancia del sector servicios (y con especial incidencia, además, en los servicios relacionados con el ocio).

Por el tamaño de la empresa, se suele distinguir entre grandes empresas y pequeñas y medianas empresas (pymes). En ocasiones esta distinción tiene importancia normativa, pues ciertos planes estratégicos o ayudas financieras se dedican especialmente al sector pymes, y en tal caso la propia normativa define, a esos efectos, qué se considera como pyme. Con carácter general, existe una tendencia doctrinal a considerar que el “pequeño empresario” debería gozar de un estatuto propio, menos riguroso que el del “gran empresario” (con algunas manifestaciones normativas, como el PGC de pequeñas y medianas empresas, o un régimen fiscal específico en ciertos aspectos).

Por la condición de los titulares de la empresa suele distinguirse entre empresas privadas y empresas públicas. En estas el socio único es una entidad pública, o la mayoría del capital es de sujetos públicos. A menudo, las entidades públicas realizan actividades económicas en cumplimiento de sus fines de interés general mediante empresas ordinarias, que se desgajan del ente que las crea como personas jurídicas independientes (aunque la titularidad del capital y el voto decisivo está en manos del poder público). El poder público puede participar en el mercado al igual que los sujetos privados porque nuestro ordenamiento reconoce la “iniciativa pública en la actividad económica” (art. 128.2 CE). Ahora bien, cuando concurre en el mercado se somete a las mismas reglas que las empresas privadas, de forma que, por ejemplo, en el supuesto de pérdidas tendrá que acudir al concurso, y no podría financiarse con cargo a fondos públicos (regla de la autofinanciación). La cuestión sería distinta en el supuesto de que por ley se haya reservado al sector público recursos o servicios esenciales (art. 128.2 CE), en cuyo caso no existe concurrencia con otras empresas, y además las exigencias del interés general pueden justificar medidas antieconómicas.

A este respecto, existen toda una serie de medidas adoptadas dentro del derecho comunitario sobre el régimen de las empresas públicas, conforme al cual se determina la sujeción al régimen general de competencia, y los supuestos excepcionales para casos de gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 106 TFUE (antiguo art. 86 TCE).

Cualquier sociedad mercantil en la que participe, de forma o indirecta, el sector público estatal por encima del 50% se califica como “sociedad mercantil estatal”, y aunque se sigue rigiendo por la normativa propia del tipo social (sociedad anónima, de responsabilidad limitada, etc.), en ciertos aspectos y supuestos se aplica la normativa jurídico-pública (véanse arts. 111 y sig., Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, LRJSP). Existen también figuras específicas como las “entidades públicas empresariales”, organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación (arts. 53 y sig. LOFAGE, y arts. 103 y sig. LRJSP).

Como datos estadísticos relevantes, según el Instituto Nacional de Estadística, en 2014 existían en España 1.574.729 personas físicas empresarios; 92.986 empresarios sociedades anónimas; 1.137.696 empresarios sociedades de responsabilidad limitada; y 313.899 empresas de otro tipo. En 2012, año en el que los datos se presentaron con un mayor desglose, la cifra era de: 1.619.614 personas físicas empresarios, 6.600 sociedades anónimas, 1.125.041 sociedades limitadas, 228 sociedades colectivas, 9 sociedades comanditarias, 109.117 comunidades de bienes, 20.990 cooperativas, 166.174 asociaciones y otras formas, y 8.717 organismos autónomos y otros.

2.2. Adquisición y pérdida de la condición de empresario

2.2.1. Consideraciones generales

Para adquirir la condición de empresario, lo único preciso es ejercer de forma habitual una actividad empresarial (una actividad económica organizada racionalmente y ofrecida al mercado). No hay que inscribirse ni darse de alta

en registro formal alguno. Por ejemplo, el empresario persona física no tiene que inscribirse en el Registro Mercantil (si bien, si lo hace sí podrá hacer constar datos relativos a su empresa, algo que le puede interesar); y el empresario persona jurídica tampoco (si bien la falta de inscripción podrá tener alguna consecuencia perjudicial, como el de ser tratado como sociedad irregular). El artículo 3 CdeC establece la presunción legal del ejercicio habitual del comercio desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil. Como se aprecia, no es un requisito para ser empresario, sino una presunción de que quien se anuncia es empresario.

Cuestión distinta es que, a efectos de ciertos aspectos fiscales o administrativos, sí se impongan ciertos requisitos formales para efectos concretos, pero en tales casos el incumplimiento tendrá consecuencias administrativas mas no impedirá que ese sujeto sea un empresario. En cuanto a la inscripción en el Registro Mercantil, es potestativa para los empresarios individuales, y respecto de personas jurídicas depende del estatuto de cada una de ellas, pues algunas se inscriben en otros registros. En cualquier caso, una entidad que no esté inscrita, o que actúe antes de inscribirse, si realiza una actividad empresarial, será tratada como tal, con independencia del régimen jurídico societario que se apareje a su actuación. No será, por ejemplo, sociedad anónima o limitada, o fundación, pero será empresario.

En el supuesto de ciertas actividades es preciso obtener una autorización administrativa: por ejemplo, para actuar como entidades de crédito, intermediarios en los mercados de valores o aseguradores. Pero, de nuevo, se trata de requisitos para ejercitar adecuadamente tal actividad, no para ser empresario. Si una entidad no autorizada como aseguradora concierta un contrato de seguro, será un empresario, aunque los contratos por ella celebrados sean nulos (si bien, en caso de siniestro tendría que indemnizar al "asegurado", véase art. 4 LOSSEAR).

De igual forma, la pérdida de la condición de empresario depende del dato fáctico del cese de la actividad empresarial (muerte del empresario individual, disolución y liquidación del empresario social, etc.). Ese dato también podrá hacerse constar en el Registro correspondiente, si el sujeto estaba inscrito, pero esa falta de constancia no afectaría al cese (aunque podrá tener consecuencias perjudiciales para el empresario que no hace público tal abandono de la condición de empresario). Por último, en los supuestos de transmisión de empresa, el empresario transmitente deja de serlo –salvo que realice otra actividad distinta, también constitutiva de empresa–, y el adquirente pasará a ser el nuevo empresario que ejerce esa actuación.

2.2.2. Capacidad legal, incompatibilidades y prohibiciones

La capacidad legal para ejercer el comercio es distinta en personas jurídicas o físicas. Para las primeras, se requiere que estén constituidas válidamente (cuestión que depende de su régimen jurídico concreto, en función de que sean sociedades civiles, mercantiles, asociaciones, etc.) y que no tengan prohibido por su propia regulación el ejercicio del comercio.

El artículo 4 CdeC establece cuál es la capacidad legal que se exige a las personas físicas para ejercer el comercio: mayoría de edad y libre disposición de sus bienes. Por lo tanto, los menores de edad y las personas que estén incapacitadas (conforme a los arts. 199 y sig. Cc) no pueden ejercer el comercio. Esto incluye a los menores incapacitados, que si bien son mayores de edad a ciertos efectos, no tienen libre disposición de sus bienes (véase art. 323 Cc, que exige el consentimiento de terceros para ciertas actuaciones). Existe un supuesto excepcional en el que se admite que menores e incapaces puedan ejercer el comercio, que es el de continuar (nunca iniciar) el comercio que hubieren ejercido sus padres o sus causantes; sin embargo, en tal caso actuarán ejerciendo el comercio “por medio de sus guardadores” (art. 5 CdeC). En estos supuestos el comerciante, jurídicamente hablando, es el menor o incapaz, si bien quien toma las decisiones empresariales (el comerciante en sentido económico) sería el guardador.

Existen algunas restricciones, prohibiciones e incompatibilidades para ejercer el comercio, de forma que incluso personas con la capacidad legal para ello pueden tener vetada la actuación como empresario. En este punto suele distinguirse entre supuestos justificados por razones de política legislativa (prohibiciones) o supuestos basados en posibles conflictos de intereses en función del cargo o función del sujeto (incompatibilidades). La consecuencia de la infracción de estas prohibiciones no es la nulidad de la actividad empresarial desarrollada, sino normalmente la imposición de multas o sanciones.

a) Prohibiciones e incompatibilidades de carácter absoluto. Suponen que el sujeto al que afectan no puede ejercer ningún tipo de actividad empresarial en ninguna parte del territorio español. Entre ellas, la más relevante puede ser la de los miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración general del Estado (art. 13 Ley 3/2015), los jueces y magistrados (art. 389.8.º LOPJ), o los miembros del Tribunal Constitucional (art. 159.4 CE).

b) Prohibiciones e incompatibilidades de carácter relativo. Impiden al sujeto ejercer ciertas actividades empresariales. Por ejemplo, el personal de las administraciones públicas (funcionarios) no puede realizar actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, que se relacionen directamente con las que desarrolle el departamento, organismo o entidad donde estuviere destinado (art. 11.1 Ley 53/1984).

Estas prohibiciones e incompatibilidades lo son no solo para ejercer el comercio individual y directamente, sino también para ejercerlo indirectamente por medio de testaferros, o para actuar como administrador de sociedades mercantiles (arts. 13 y 14 CdeC). El supuesto de actuación por medio de otro (testaferros) sería el del sujeto incurso en una causa de incapacidad o incompatibilidad, que ejerce de hecho el control de una empresa, la cual formalmente aparece como una persona distinta a él (por ejemplo, sujeto con prohibición que es accionista único o socio mayoritario de una anónima que actúa como empresario; o sujeto con prohibición que de hecho toma las decisiones en una empresa que está, formalmente, ejercida por su cónyuge). Por lo tanto, no se trata únicamente de prohibiciones para actuar como empresario individual, sino también para el ejercicio indirecto del comercio por medio de otros sujetos.

Distinto de las prohibiciones e incompatibilidades es la “inhabilitación” que sufren los sujetos que hayan sido inhabilitados por decisión judicial en concursos calificados como culpables (art. 172.2.2.º LC). Conforme al artículo 13 CdeC tales personas no podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa o administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales (el artículo 172.2.2.º LC solo establece una inhabilitación para administrar bienes ajenos; el artículo 13 CdeC la extiende al ejercicio del comercio con los bienes propios).

2.2.3. Empresario extranjero

El apartado primero del artículo 15 CdeC establece que los extranjeros y compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España, con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad para contratar; y a las disposiciones del Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la nación. Por lo tanto, la capacidad para contratar (por ejemplo, correcta constitución como sociedad, reglas de actuación mediante representantes u órganos, etc.) se rige por la ley nacional del empresario; mientras que la actuación con terceros en España, en cambio, se rige por la ley española (por ejemplo, normas de apertura del establecimiento, de ejercicio del comercio en España, normativa reguladora del contrato concreto efectuado, etc.).

Esa regla general viene matizada en el segundo apartado de dicho precepto, al precisar que será sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los tratados y convenios con las demás potencias. En este sentido, los nacionales de países comunitarios tienen un régimen especial, pues por el principio de libertad de establecimiento (arts. 49 y sig. TFUE), a un empresario constituido conforme a su ley nacional no se le pueden exigir más requisitos para operar en España (es el llamado “principio de pasaporte comunitario”. Por ejemplo, un intermediario de valores de un país comunitario puede actuar

en España y abrir sucursales, sin necesidad de la autorización administrativa que sí precisa una empresa española para actuar como intermediario de valores en España, art. 168 LMV).

2.3. Responsabilidad del empresario

2.3.1. La responsabilidad patrimonial universal: delimitación del patrimonio de responsabilidad

Como cualquier otro sujeto, el empresario responde de sus deudas con todos sus bienes, presentes y futuros (art. 1911 Cc). La responsabilidad con los bienes futuros quiere decir que responderá con los bienes que sean de su titularidad en el momento de vencimiento de las deudas, aunque sean distintos de los que tenía cuando las contrajo. El acreedor no tiene una especie de derecho real para accionar contra los bienes que estén en el patrimonio del deudor al momento de contraer la deuda, sino un derecho personal sobre el deudor, que se hará efectivo sobre sus bienes en el momento del vencimiento.

En el supuesto de empresario persona jurídica, la persona jurídica normalmente responde con todo su patrimonio, pero “solo” con su patrimonio, el patrimonio social, y no el patrimonio personal de los socios. Esto no supone beneficio ni privilegio alguno, sino una simple aplicación del artículo 1911 Cc y de la desvinculación de la persona jurídica respecto de sus integrantes. Si un empresario individual quiere limitar, *de facto*, su responsabilidad a solo ciertos bienes, puede constituir una anónima o limitada unipersonal (arts. 12 a 17 LSC). Ahora bien, existen ciertas formas sociales en las cuales, por ley, a la responsabilidad con el patrimonio social se añade la responsabilidad subsidiaria de todos o alguno de los socios (por ejemplo, sociedades civiles; sociedades colectivas o comanditarias). Por lo tanto, es la forma social adoptada la que determina con qué patrimonio se responde de las deudas empresariales.

Aparte de la responsabilidad con el patrimonio social, en algunos supuestos los acreedores podrán también accionar contra los administradores sociales, si con su actuación negligente han causado un perjuicio ilícito a tales acreedores (arts. 236-241 y 367 LSC, por ejemplo). Pero esto no supone una ampliación de la responsabilidad patrimonial universal, ni una excepción a tal principio, sino simplemente una aplicación de las reglas de responsabilidad extracontractual (daño causado por los administradores sociales a terceros).

2.3.2. Responsabilidad del empresario persona física: empresario casado, emprendedor de responsabilidad limitada

La regla general admite matices en diversos supuestos. Así, el empresario persona física casado (o, en ciertas comunidades autónomas, que tenga “pareja de hecho”) está sometido a un régimen especial en cuanto a las consecuencias patrimoniales que tenga su actuación empresarial. El matrimonio no limita su libertad de ejercer el comercio, pero sí puede incidir en la afección de los patrimonios. La regla general es que si bien puede que él haya afectado o destinado a la empresa ciertos bienes concretos, responde de las deudas empresariales.

riales con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 Cc; salvo que se haya constituido como “empresario individual de responsabilidad limitada”, véase más adelante). La cuestión está en saber si pueden quedar afectados, además, los bienes comunes (en el caso de que haya un régimen ganancial o similar) e incluso los del cónyuge o pareja. Podemos agrupar las normas en torno a cuatro reglas:

a) Del cumplimiento de las deudas asumidas en el ejercicio de la actividad empresarial responden los bienes privativos del empresario, y los adquiridos con las resultas del ejercicio del comercio (esto es, los obtenidos con el comercio, que en principio son gananciales, art. 1347.1.º Cc). El empresario podrá enajenar o hipotecar unos y otros (si no fuera empresario, no podría disponer ni hipotecar de forma unilateral esas resultas del comercio, por ser bienes comunes, arts. 1375 y 1377 Cc).

b) Para que los demás bienes comunes (los que no son resultas del comercio) queden obligados, es preciso el consentimiento de ambos cónyuges (art. 6 CdeC *in fine*). Ese consentimiento se presume concedido si: el empresario ejerce el comercio con conocimiento y sin oposición expresa de su cónyuge (art. 7 CdeC); o cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro (art. 8 CdeC). La oposición a la que se refieren estos preceptos es a que resulten afectos estos gananciales (no es oposición a que ejerza el comercio). Por el juego de estas presunciones, lo más común es que en la mayoría de los casos respondan de las deudas de la empresa todos los bienes gananciales.

c) Para obligar los bienes privativos del cónyuge del empresario, es preciso el consentimiento expreso de tal cónyuge (no hay presunciones de consentimiento, como en el caso anterior).

d) El cónyuge puede revocar en cualquier momento el consentimiento que haya dado, bien el expreso, bien el presunto de los artículos 7 y 8 CdeC.

Estas reglas se aplican sin perjuicio de pactos en contrario contenidos en capitulaciones matrimoniales debidamente inscritas en el Registro Mercantil (art. 12 CdeC). En efecto, el régimen económico matrimonial puede ser diseñado libremente por los cónyuges (art. 1315 Cc), y podrían establecer un régimen de responsabilidad distinto, que una vez inscrito en el Registro Mercantil será así cognoscible, y oponible, a los terceros que contraten con ese empresario individual. En todo caso, pese a la dicción del artículo 12 CdeC, la doctrina entiende que, de existir bienes comunes, el pacto de las partes nunca podría excluir la responsabilidad “mínima” que establece el artículo 6 CdeC: deben responder, al menos, los bienes privativos del empresario y las resultas del comercio. En los casos en que respondan los bienes gananciales, el cónyuge no podrá ejercer una tercería de dominio cuando se embarguen tales bienes, pues solo tiene un derecho expectante en tanto no se resuelva y liquide la sociedad ganancial (SsTS de 30 de diciembre de 1999 y 21 de julio de 2003). Por otro

lado, no hay que olvidar que es posible cambiar el régimen económico matrimonial durante el matrimonio, pero tal modificación solo operará respecto de terceros para los actos celebrados después de la misma (art. 1317 Cc, la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros).

Este régimen específico del Código de comercio es parcialmente distinto del general del Código civil (y, por ende, de los derechos forales que resulten aplicables, según el caso). Así, en el caso de no empresarios, todos los bienes comunes responden de las deudas contraídas por uno solo de los cónyuges en el ejercicio de su profesión, arte u oficio (art. 1362.4.ª Cc), mientras que si es empresario solo responden las resultas (si bien la regla de los consentimientos presuntos normalmente hace que respondan de hecho todos los comunes). Y en el caso de no empresarios, no cabe disponer libremente un cónyuge de los bienes adquiridos en el ejercicio de su profesión, que son comunes, mientras que si es empresario sí tiene libertad para ello. El artículo 1365.2.º Cc expresamente establece que en el caso de cónyuge comerciante es prevalente el régimen de los artículos 6 a 12 CdeC frente al general del Código civil.

Si una persona física constituye una sociedad unipersonal, siendo él el único socio, entonces deja de ser empresario persona física para convertirse en persona jurídica (sociedad anónima o de responsabilidad limitada, véanse arts. 12 a 17 LSC). La sociedad unipersonal constituye un instrumento para lograr una limitación de la responsabilidad al patrimonio que resulte ser de titularidad de la sociedad (y no al patrimonio del socio, aunque él sea el socio único).

Por otra parte, los artículos 7 a 11 LAE delimitan la figura que se denomina de “emprendedor de responsabilidad limitada”, y que consiste en un empresario persona física que, cumpliendo ciertos requisitos, no responderá de sus deudas “empresariales” con su vivienda habitual. Como se aprecia, la institución se diferencia largamente de la figura “clásica” del “empresario individual de responsabilidad limitada”, permitida por el artículo 7 de la Directiva 2009/102/CE –que sustituye a la Directiva 89/667/CEE– y que consiste en una persona física empresario que determina un patrimonio adscrito a su actividad empresarial, con el que responderá de las deudas generadas por tal actividad. En la ley española el “emprendedor de responsabilidad limitada” no especifica un patrimonio afecto a responder de sus deudas empresariales, simplemente es un empresario que no responderá de tales deudas con su vivienda habitual.

Básicamente, los requisitos son que la vivienda habitual no tenga un valor superior a 300.000 € (art. 8.2 LAE); que el deudor no hubiera actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros (art. 8.4 LAE); que el empresario individual se inscriba en el Registro Mercantil y haga constar su condición de “emprendedor de responsabilidad limitada”, indicando el activo no afecto a su responsabilidad como tal emprendedor (arts. 9 y 14 LAE); y, para su oponibilidad a terceros, que la no sujeción de la vivienda habitual a las resultas del tráfico empresarial o profesional se inscriba en el Registro de la Propiedad (art. 10 LAE). Además, deberá formular y, en su caso, someter a auditoría sus cuentas anuales de conformidad con lo previsto para la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada (art. 11 LAE). La figura se creó con la idea de que los autónomos pudieran constituirse como “empresario individual de responsabilidad limitada”, y así no responder de las deudas generadas por su actividad con la vivienda habitual; pero el éxito ha sido muy escaso, únicamente 13 en 2013, 51 en 2014, 27 en 2015, 12 en 2016, 15 en 2017 y 10 en 2018 (Fuente: www.registradores.org).

2.3.3. Responsabilidad contractual y extracontractual. Responsabilidad por productos defectuosos

La responsabilidad del empresario puede derivar del contrato o pacto entre las partes (contractual, arts. 1088 y sig. Cc), o del daño causado a un tercero con quien no existe relación negocial previa (extracontractual, arts. 1901 y sig. Cc). En ambos supuestos, además, el empresario responde de los actos realizados por sus auxiliares, que al fin y al cabo actúan como parte integrante de la empresa, expresamente respecto de la responsabilidad extracontractual (art. 1903.4 Cc; sobre la vinculación de la empresa por los actos de sus auxiliares véase más adelante).

Por lo que atañe a la responsabilidad contractual, tiene algunos matices propios, caracterizados en principio por un mayor rigor en el cumplimiento de sus obligaciones respecto del que sería exigible, por ejemplo, a un particular o a un consumidor. A ello obedecen las reglas especiales sobre obligaciones y contratos mercantiles contenidas en los artículos 61 a 63 CdeC, como la no concesión de plazos de gracia o la mora automática. En materia de diferimiento del pago y de interés de demora existen unos plazos máximos de diferimiento y un interés mínimo de demora cuando el deudor es un empresario (Ley 3/2004, que establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales). Aunque algunas de estas “diferencias” son, cada vez, menos relevantes, no es, en definitiva, igual el parámetro de diligencia exigible al empresario (empresario leal) que al particular (“buen padre de familia”, art. 1104.2 Cc).

En materia de responsabilidad extracontractual, se mantiene legalmente la regla de que se responde por daños causados por culpa o dolo (art. 1902 Cc), y no por caso fortuito. Pero esta regla de responsabilidad por culpa se ha modalizado bastante por la jurisprudencia y la doctrina, que en ocasiones ha defendido la “inversión de la carga de la prueba” para los daños causados por empresarios: el causante deberá responder de los mismos, salvo que pruebe que empleó toda la diligencia debida en su actuación (esto es, que el daño se debe a caso fortuito o fuerza mayor). Con ello no se está defendiendo una “responsabilidad objetiva”, pero sí que de hecho se alcanzan resultados materiales similares. Estas ideas se aplican especialmente cuando la actividad realizada por la empresa es potencialmente peligrosa *per se*, y en tales casos suele incluso existir legislación especial que impone reglas específicas, más rigurosas. Destaca en esta materia la Ley 26/2007, de responsabilidad medioambiental, que impone medidas concretas de prevención y evitación de riesgo medioambiental a toda actividad económica o empresarial (art. 3.2), y que además establece una responsabilidad objetiva (“aunque no exista dolo, culpa o negligencia”, art. 3.1), para los daños causados por ciertas actividades que son especialmente peligrosas a estos efectos, y que se recogen en el anexo III de la norma.

Dentro del régimen especial agravado, que abarca posibles supuestos tanto de responsabilidad contractual como extracontractual, debe hacerse especial referencia a la “responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos” (actualmente recogida en el texto refundido de la LGDCU, arts. 128 a 149). Por “producto defectuoso” entiende la Ley aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación; en especial, es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie (art. 137 LGDCU). Por lo tanto no lo es todo producto “con defectos”, sino aquel que es “inseguro” y causa daños personales o materiales. Los productos con defectos (de acabado, estéticos o de funcionalidad) que no sean inseguros se rigen por las reglas generales de reclamación por falta de conformidad o vicios aparentes y ocultos, responsabilidad por cumplimiento correcto, etc. (art. 128.2 LGDCU).

Este régimen específico se limita, además, a cierto tipo de objetos y de daños. En cuanto al tipo de productos, se ciñe a los objetivamente destinados al uso o consumo privados y que en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado (art. 129.1 LGDCU; aunque no se utiliza el término “consumidor” sino el de “perjudicado”, de hecho vienen a identificarse). En segundo lugar, solo se cubren los daños personales y los materiales en productos distintos al defectuoso (no se satisfacen, por ejemplo, daños morales, ni tampoco los daños al propio producto, que cabría reclamar conforme a la legislación general). Además, estos daños se cubren con unos límites cuantitativos.

Se suele afirmar que la responsabilidad del productor en estos casos es cuasi objetiva por cuanto que responde con independencia de que exista culpa o dolo en su actuación. En este sentido, el artículo 135 LGDCU establece como regla general que los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que fabriquen o importen. No se exige culpa ni negligencia. Además, son ineficaces frente al perjudicado las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad contrarias al régimen legal (art. 130 LGDCU). Sin embargo, siendo esto cierto, no lo es menos que la efectividad de esta responsabilidad queda atenuada teniendo en cuenta dos aspectos. En primer lugar, el artículo 140 LGDCU establece algunos supuestos tasados de exoneración de dicha responsabilidad. Y en segundo lugar, el perjudicado debe demostrar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos (art. 139 LGDCU). Esta última regla de hecho dificulta la reclamación porque debe demostrarse no solo el defecto (que el producto “no ofrece la seguridad que cabía legítimamente esperar”), sino además la relación de causalidad, y esto no siempre es fácil.

Otro aspecto importante de esta regulación es que la responsabilidad afecta al productor, entendiendo por tal tanto al fabricante como al importador (art. 135 LGDCU). Incluso puede ser responsable, en ciertos casos, el proveedor (si el productor o importador no pueden ser identificados, y el proveedor no des-

vela su identidad, art.138.2 LGDCU; y si suministró el producto a sabiendas de la existencia del defecto, art. 146 LGDCU). Existiendo varios responsables, lo son solidariamente, y el que responda tiene derecho de repetición frente a los otros según su participación en la causación del daño (art.132 LGDCU). Como regla general la acción prescribe a los tres años del perjuicio, pero además la responsabilidad queda extinguida a los diez años desde la puesta en circulación del producto (arts. 143 y 144 LGDCU).

2.4. Obligaciones contables

2.4.1. Razones de la exigencia de una contabilidad ordenada.

Normativa contable

Todo empresario debe llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa (art. 25 CdeC). Tradicionalmente se ha señalado que existen tres grupos de razones para justificar esta exigencia, que además se corresponden con los tres grupos de sujetos interesados en esa contabilidad. En primer lugar, el propio empresario necesita conocer día a día la marcha económica de su empresa para poder tomar las decisiones oportunas, realizar sus previsiones y comprobar el cumplimiento de sus expectativas. En segundo lugar, los acreedores que con él se relacionan (entre los cuales se encuentran sus proveedores, sus acreditantes, incluso sus socios y sus trabajadores) también tienen interés en comprobar o conocer su solvencia, para entrar en relación con él o para mantener las que ya tengan iniciadas. Y, por último, el interés público exige poder comprobar su situación económica para muy diversas finalidades: comprobación de la capacidad económica para realizar un adecuado gravamen por medio de los impuestos, conocimiento de la situación a efectos de subvenciones o peticiones de ayuda, control de las cuentas para los supuestos de insolvencia y concurso, etc. En definitiva, a diferencia del particular, el empresario tiene una dimensión externa importante, se relaciona con gran cantidad de terceros, y le es exigible un orden en la llevanza de sus cuentas que permita conocer sus movimientos económicos.

La llevanza de contabilidad es un verdadero “deber”, exigido por la ley. Su incumplimiento, sin embargo, no lleva aparejado sanciones directas inmediatas, sino más bien consecuencias perjudiciales en diversos supuestos. Así, en caso de concurso puede ocasionar la calificación del mismo como culpable, con importantes consecuencias gravosas para los sujetos responsables de tal culpabilidad (arts. 164.2.1.º –presunción de culpabilidad del concurso por incorrecta llevanza de la contabilidad– y 172 LC). En ocasiones, puede ser constitutivo de delito (arts. 290 y 310 CP, respectivamente delito de falseamiento de las cuentas anuales y delito contable, en el sentido de “delito fiscal”). Y en diversas situaciones administrativas puede tener consecuencias relevantes (no obtención de subvenciones, prohibición de presentarse a licitaciones públicas, etc. Además, las entidades financieras y otras sometidas a regímenes especiales están sometidas a la imposición de multas). Pero, además, un empresario que

no tenga al día sus cuentas (que debe aprobar y depositar anualmente en el Registro Mercantil) perderá en muchas ocasiones el “crédito” frente a terceros, que ya no le prestarán o venderán porque desconfían de una solvencia que ya no pueden comprobar.

Tan relevante como exigir la llevanza de una contabilidad es que la misma se organice conforme a unas reglas uniformes, iguales para todos los sujetos (empresarios o no), que permitan a cualquier tercero dictaminar sobre la solvencia, comparar la situación económica de diversos sujetos, conocer los parámetros que se tienen en cuenta al elaborar los documentos contables, etc. Si cada persona llevara sus cuentas con “sus” criterios, no se cumpliría la labor de informar a los terceros (ni, posiblemente, de servir a la organización interna del empresario). Por eso la Ley impone una forma concreta de llevar la contabilidad, con requisitos de configuración externa (legalización de libros contables, depósito de las cuentas anuales, etc.) y de llevanza interna (forma de anotación de cada partida, elaboración de qué documentos y con qué contenidos, principios contables, etc.).

La globalización económica, además, impone que la normativa interna de cómo elaborar la contabilidad sea lo más uniforme posible en todos los países, para así poder comparar por igual las cuentas de un empresario nacional que de cualquier empresario extranjero. Por eso existen reglas aprobadas en el ámbito internacional que la mayoría de los países asumen, para lograr esa uniformidad y que los terceros puedan comprobar la situación económica de las empresas de ese país. Una entidad privada de ámbito internacional, el International Accounting Standards Board (IASB), formula una serie de normas que la mayoría de países toman como criterio para su normativa interna, las “Normas internacionales de contabilidad” (NIC) y las “Normas internacionales de información financiera” (NIIF). La Unión Europea inicialmente pensó uniformar las normas contables comunitarias, pero luego optó por el seguimiento de tales NIC y NIIF: véase Reglamento (CE) 1606/2002, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de las normas internacionales de contabilidad. A tal efecto se han declarado aplicables dichas normas en la UE, y se exige que las sociedades que coticen en mercados de valores elaboren sus cuentas consolidadas (las del grupo de sociedades, véase más adelante) conforme a tales normas, y que cada país de la Unión pueda, a su vez, imponer también tales normas para las cuentas anuales y para las cuentas consolidadas de las sociedades no cotizadas.

En España, el Código de comercio establece una serie de reglas generales sobre la contabilidad en sus artículos 25 y siguientes, tanto en los aspectos formales como materiales. Esta normativa fue modificada en 2007, mediante la Ley 16/2007, precisamente para armonizarla con la normativa internacional, siguiendo el criterio antes señalado del Reglamento comunitario 1606/2002. En desarrollo de esas normas legales se han dictado el Plan general de contabilidad (RD 1514/2007) y el Plan general de contabilidad de pequeñas y medianas empresas (RD 1515/2007), que establecen de forma detallada la llevanza

material de la contabilidad. Pero, además, deben tenerse en cuenta las resoluciones del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), que si bien no constituyen normativa obligatoria sí guían de hecho los criterios de contabilización de los operadores en esta materia.

2.4.2. Requisitos de la contabilidad. Valor probatorio

La contabilidad exigida a los empresarios debe ser “ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones” (art. 25 CdeC). En el requisito de “ordenada” va implícita la exigencia de que sea conforme con los criterios y normativa contable antes referidos (Plan general de contabilidad). La adecuación a la actividad de la empresa se traduce, entre otras reglas, en el mayor o menor detalle de las cuentas al que acaba de aludirse en función del tamaño de la empresa (pyme, microempresa, etc.). Permitir un seguimiento cronológico implica que las partidas se anoten según la fecha de la realización del acto que se detalla, para poder conocer la vida económica de la entidad.

Para garantizar que los libros contables no se manipulan ni rehacen, una vez elaborados, la Ley exige la “legalización” de los libros obligatorios. Consiste esta en que un tercero, entidad pública, haga constar en cada libro cuántas hojas tiene, y ponga un sello en cada hoja, de forma que el empresario no podrá añadir ni suplantar las hojas (al menos, no podrá hacerlo sin que se note). La legalización no supone una comprobación del contenido de los libros, ni una garantía de la correcta llevanza ni del seguimiento adecuado de los criterios contables, pero al menos conlleva un control mínimo de que los documentos no se alteran en el futuro. En la actualidad, la legalización se realiza por el Registro Mercantil del domicilio del empresario (art. 27.1 CdeC). Hasta ahora la regulación reglamentaria detallada se realizaba en los artículos 329 a 337 RRM, pero el nuevo régimen que se establece en el artículo 18 LAE parece derogar, tácitamente, algunas de esas reglas. El artículo 18 LAE generaliza que la legalización será telemática y después de la cumplimentación del libro en soporte electrónico. Abarcará todos los libros contables que sean obligatorios, y se realizará antes de que transcurran cuatro meses siguientes a la fecha del cierre del ejercicio.

La contabilidad del empresario no tiene un valor probatorio específico. La anotación contable de una operación no prueba que se haya realizado, entre otras razones porque la anotación la realiza el empresario (o quien por su cuenta elabora los libros, art. 25.2 CdeC) de forma unilateral. No existe una comprobación objetiva, por un tercero imparcial, de que esos apuntes se corresponden con operaciones reales. Por esa razón el artículo 31 CdeC establece expresamente que “el valor probatorio de los libros de los empresarios y demás documentos contables será apreciado por los tribunales conforme a las reglas generales del derecho”. Constituyen, así, un documento más que, unido a otros (como las facturas firmadas por la contraparte, los comprobantes de pago, etc.), puede probar la realización de un hecho; pero la anotación contable,

Ejemplo

Para regular la legalización de los libros contables, se han dictado por la DGRN las Instrucciones de 12 de febrero de 2015 y 1 de julio de 2015. Puede verse información práctica en https://www.rmercantilmadrid.com/RMM/Servicios/Legalizacion_Libros.aspx.

por sí misma, no es prueba de esa realización. Desde otra perspectiva, como documento elaborado por el empresario constituye una confesión extrajudicial del mismo acerca de las operaciones realizadas, de forma que, por ejemplo, un proveedor podrá utilizarla para corroborar la realidad de la venta que él afirma y que, además, está reflejada en esa contabilidad.

2.4.3. Conservación de los documentos contables. Secreto de la contabilidad

Los empresarios conservarán los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio debidamente ordenados, durante seis años, a partir del último asiento realizado en los libros, salvo lo que se establezca por disposiciones generales o especiales (art. 30.1 CdeC). La obligación persiste aun en los casos de cese de negocio, y si se trata de empresario individual que fallece, recae sobre sus herederos (art. 30.2 CdeC). La falta de cumplimiento de este deber jugará en contra suya en el caso de posibles reclamaciones, ya que si no guarda la documentación de las operaciones realizadas no podrá utilizar a su favor lo que de ella se desprendiera, y por otra parte podrá imputársele una negligencia, o incluso una ocultación dolosa. Pasados los seis años, podrá destruir esa documentación, y no cabría achacarle por ello negligencia alguna.

La contabilidad es, en principio, secreta. Constituye, por así decirlo, la “intimidad económica” del empresario, que la utiliza para la correcta organización de su actividad. Su violación puede constituir un delito de revelación de secretos (art. 197 CP), o calificarse como competencia desleal (art. 13 LCD). En la mayoría de las personas jurídicas, ni siquiera los socios o integrantes pueden acceder libremente a ella. Ahora bien, como la contabilidad también sirve a intereses de terceros (proveedores, trabajadores, socios, Estado, etc.), estos podrán tener acceso a la misma en ciertos supuestos, cuanto lo justifique un interés legítimo. Por eso establece el artículo 32 CdeC que “la contabilidad de los empresarios es secreta, sin perjuicio de lo que se derive de lo dispuesto en las leyes”. Dentro de esas excepciones legales cobra especial relevancia la normativa que exige a ciertas entidades el depósito y publicidad de las cuentas anuales. Así, por ejemplo, las sociedades de capital deben depositar y publicar tales cuentas en el Registro Mercantil de su domicilio (arts. 279 a 284 LSC), de forma que “cualquier persona podrá obtener información de todos los documentos depositados” (art. 281.2 LSC). Cabe destacar, también, la amplia facultad de examen de la contabilidad que tiene la Administración tributaria en su actuación inspectora (art. 141 LGT).

Aparte de estos supuestos específicos, el Código de comercio regula dos institutos de excepción al secreto de la contabilidad: a) la comunicación o reconocimiento general de los libros, correspondencia y demás documentos de los empresarios, que abarca toda la documentación contable, y procede en ciertos casos tasados: sucesión universal, concurso, liquidación de sociedades o entidades mercantiles, expediente de regulación de empleo y cuando los socios

o representantes legales de los trabajadores tengan derecho al examen directo (art. 32.2 CdeC); y b) la exhibición, que supone el examen de solo ciertos documentos contables, “se contraerá exclusivamente a los puntos que tengan relación con la cuestión de que se trate” (art. 32.3 CdeC). Al respecto véanse arts. 32 y 33 CdeC y 115 y 116 LJV.

2.4.4. Libros de los empresarios

Dentro de los documentos contables cobran especial relevancia los libros de contabilidad. Con carácter general, el Código de comercio exige la llevanza de unos libros obligatorios, y permite la llevanza de cualesquiera otros (libros potestativos). Los obligatorios deben legalizarse, y los potestativos pueden hacerlo. Dentro de los libros obligatorios, dos son estrictamente contables (el libro de inventarios y cuentas anuales y el libro diario), y los otros son de carácter societario.

El libro de inventarios y cuentas anuales se abrirá con el balance inicial detallado de la empresa, y al menos trimestralmente se transcribirán con sumas y saldos los balances de comprobación. Se transcribirán también el inventario de cierre de ejercicio y las cuentas anuales (art. 28.1 CdeC). El “balance” es una relación de los bienes que constituyen el activo del empresario (bienes, derechos, etc.) y de las obligaciones que forman su pasivo (aportaciones de los socios, deudas bancarias, deudas frente a proveedores, etc.), y constituye una visión estática de la situación de la empresa al inicio y fin de ejercicio, y trimestralmente. El “inventario” es una relación de los bienes del empresario, y se exige solo el del cierre de ejercicio (que se podrá comparar con el de cierre de otros ejercicios). Por último, las “cuentas anuales” son unos documentos realizados al final del ejercicio que recogen la imagen fiel de la empresa (se estudiarán en el epígrafe siguiente).

El libro diario registrará día a día todas las operaciones relativas a la actividad de las empresas; sin embargo, cabe realizar la anotación conjunta de los totales de operaciones por periodos no superiores al mes, a condición de que su detalle aparezca en otros libros o registros concordantes, de acuerdo con la naturaleza de la actividad de que se trate (art. 28.2 CdeC). Como se advierte, es un libro de mucho mayor detalle que el anterior, que registra, directamente o por remisión, todas y cada una de las operaciones realizadas por el empresario.

Aparte de estos libros contables, también existen libros relativos a aspectos societarios cuya llevanza es obligada, y que se mencionan en este título del Código de comercio: los libros de actas (constarán todos los acuerdos tomados por la junta general y los demás órganos colegiados, art. 26.1 CdeC), de acciones nominativas (en sociedades anónimas y comanditarias por acciones que tengan acciones nominativas, art. 116 LSC), de socios (en las sociedades limitadas, art. 104 LSC), o de contratos celebrados entre el socio único y la sociedad (para las sociedades unipersonales, art. 16.1 LSC).

Además de estos libros obligatorios, el empresario puede llevar cualesquiera otros (que no es obligatorio legalizar). Lo más común es que elabore también un libro mayor, en el cual las operaciones se computan agrupándolas en di-

versas cuentas separadas, cada una de ellas relativa a un tipo de operaciones. Así las operaciones contabilizadas en el diario con criterio puramente cronológico se apuntan con criterio temático.

2.4.5. Las cuentas anuales

Al cierre del ejercicio (que normalmente será el 31 de diciembre de cada año), el empresario deberá formular las cuentas anuales de su empresa (art. 34.1 CdeC). Con independencia del autor material de esas cuentas (puede ser un empleado de la empresa, que actúa de contable), quien firma tales cuentas, y asume por lo tanto la responsabilidad jurídica de su formulación, es: en el caso de empresario individual, él mismo; en el supuesto de sociedad con socios ilimitadamente responsables, estos socios; y en el resto de sociedades, todos los administradores (art. 37.1 CdeC; véase también art. 253 LSC). Cuando la empresa es societaria, a la formulación por los administradores sigue la aprobación, o no aprobación, por la junta general (por ejemplo, art. 272 LSC).

Las cuentas anuales deben mostrar la “imagen fiel” del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa (arts. 34.2 CdeC y 254 LSC). Este término, que es traducción de la expresión inglesa *true and fair view*, es la forma de expresar que las cuentas deben reflejar fielmente, con todo realismo, la situación económica de la empresa. Tras la formulación de las cuentas, en ciertos casos procede la verificación de tales cuentas por expertos independientes, llamados auditores de cuentas. En ocasiones, y singularmente las sociedades de capital, tanto las cuentas como el informe de auditoría se publican, de forma que los terceros pueden comprobar el contenido de las mismas y la opinión del auditor acerca de su reflejo de la imagen fiel. Estos aspectos se tratan más adelante.

Las cuentas anuales las componen cinco documentos diversos, que son complementarios entre sí. Algunos documentos dan una visión estática de la situación empresarial, otros una visión dinámica, y otros añaden precisiones sobre aspectos concretos. Por eso las cuentas son únicas, y forman una unidad, pese a la pluralidad de documentos.

a) Balance: en él figurarán de forma separada el activo, el pasivo y el patrimonio neto (art. 35.1 CdeC). Se trata de una visión estática, de constatar cuál es el activo y pasivo en un determinado momento, el del cierre del ejercicio, y también cuál es el patrimonio neto, esto es, la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos (art. 36.1.c) CdeC).

b) Cuenta de pérdidas y ganancias: recogerá el resultado del ejercicio, separando debidamente los ingresos y los gastos imputables al mismo, y distinguiendo los resultados de explotación de los que no lo sean (art. 35.2 CdeC). Se expresa así una perspectiva dinámica, de los ingresos y gastos realizados, lo cual a su vez determinará que existan, para ese ejercicio, beneficios o pérdidas.

c) Estado que refleje los cambios en el patrimonio neto: pone de manifiesto los cambios que tienen lugar en esa cifra contable (art. 35.3 CdeC).

d) Estado de flujos de efectivo: pondrá de manifiesto los cobros y pagos realizados por la empresa, con el fin de informar acerca de los movimientos de efectivo producidos en el ejercicio (art. 35.4 CdeC).

e) Memoria: completará, ampliará y comentará la información contenida en los otros documentos que integran las cuentas anuales (art. 35.5 CdeC).

En las sociedades de capital de tamaño reducido los documentos se pueden redactar con un grado menor de detalle: balance abreviado, estado de cambios en el patrimonio neto abreviado, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, y memoria abreviada (véanse arts. 257, 258 y 261 LSC). Si procede balance abreviado, no es preciso formular estado de flujos de efectivo ni estado de cambios en el patrimonio neto (art. 257.3 LSC). Si se cumplen ciertos requisitos que evidencian un tamaño reducido de la entidad, además, las cuentas no se someterán, como regla general, a auditoría (art. 263.2 LSC).

Aparte de la presentación y auditoría de las cuentas de la sociedad, cuando existe “grupo de sociedades” (sobre el concepto de grupo a estos efectos, art. 42 CdeC), la sociedad dominante debe presentar, además, las “cuentas consolidadas” del grupo. En estas cuentas consolidadas las participaciones de la dominante en las filiales se valoran en función no de su valor nominal, sino del valor razonable del activo de la filial, y se eliminarán los débitos y créditos entre sociedades del grupo (art. 46 CdeC). De esta forma se expone cuál es la situación económica global del grupo, lo que es muy importante para los terceros (una sociedad dominante puede tener un balance muy saneado, pero si las filiales del grupo soportan pérdidas, la riqueza total del grupo puede ser reducida). Las cuentas consolidadas se aprueban por la sociedad dominante, y se depositan y publican en el Registro Mercantil de su domicilio (art. 42.5 CdeC). Con la promulgación de la Ley 11/2018, se añade la obligación de que el informe de gestión consolidado incluya una información “no financiera” (sobre aspectos tales como información sobre cuestiones medioambientales, sobre cuestiones sociales y relativas al personal, sobre el respeto de los derechos humanos, o relativa a la lucha contra la corrupción y el soborno). Esta información “no financiera” también se exige para el informe de gestión de las sociedades de capital de gran tamaño (véase art. 262.5 y 6 LSC).

2.4.6. Verificación de las cuentas anuales. Auditoría de cuentas

Una vez formuladas las cuentas anuales, pueden ser sometidas a verificación por auditores de cuentas en ciertos supuestos. Así, con carácter general, las sociedades de capital que cumplan ciertos requisitos de tamaño, activo y cifra anual de negocios (art. 263.2 LSC) deben someter sus cuentas a auditoría con carácter previo a la aprobación por la junta general, para que así los socios dispongan del informe de auditoría antes de votar la aprobación. Aparte de los

supuestos legales establecidos para cada tipo social, el artículo 40.1 CdeC determina que todo empresario vendrá obligado a someter a auditoría las cuentas cuando así lo acuerde el secretario judicial o el registrador mercantil, si acoge la petición fundada de quien acredite un interés legítimo (véanse además arts. 120 a 123 LJV). Por lo tanto, no procede acordar automáticamente tal auditoría, sino que el secretario o registrador debe considerar si la petición es fundada y si el solicitante tiene interés legítimo. Si el informe fuera con opinión favorable, el coste de la auditoría lo sufraga quien la pidió (art. 40.2 CdeC).

En España, los expertos que realizan esta labor de auditoría son los “auditores de cuentas”, cuya actividad se regula en la Ley de auditoría de cuentas, Ley 22/2015, de 20 de julio (LAC). Esta norma traspone la Directiva 2014/56/UE, y se coordina con lo dispuesto en el Reglamento (UE) número 537/2014, sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público. La Ley fija los criterios para obtener la autorización como auditor (arts. 8 a 12 LAC), pudiéndose agrupar los auditores en sociedades de auditoría (art. 11 y disp. adic. sexta LAC). El auditor debe actuar con escepticismo e independencia, y por eso no podrá realizar un informe de auditoría, entre otras incompatibilidades, quien haya asesorado a la empresa a auditar en otro momento (arts. 16 a 21 LAC, norma que se preocupa especialmente, de acuerdo con normativa comunitaria, por preservar la independencia del auditor). La Ley realiza igualmente una regulación de la responsabilidad civil del auditor, que responderá por los daños y perjuicios económicos que pudieran causar su actuación profesional, siendo el plazo de prescripción de tal acción de cuatro años desde la fecha del informe (art. 26 LAC; véanse a este respecto SSTs de 7 de junio de 2012 y 3 de octubre de 2012).

Para realizar su informe, el auditor debe examinar la documentación contable de la empresa auditada. La auditoría de las cuentas anuales consistirá en verificar dichas cuentas a efectos de dictaminar si expresan la “imagen fiel” del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación (art. 4.1 LAC). La opinión final del informe puede ser de cuatro tipos: favorable; con salvedades (favorable, pero indicando algunos defectos o problemas de información); desfavorable (básicamente quiere significarse que las cuentas no reflejan la imagen fiel de la empresa); o denegada (cuando el auditor no puede emitir opinión porque no existe la suficiente información contable, por ejemplo, o la contabilidad no se ha llevado con la técnica adecuada, e impide conocer la situación real de la empresa). Esta opinión supone un informe para la entidad, socios y demás terceros del criterio del auditor (pues normalmente se publican tanto las cuentas anuales como el informe de auditoría), y por lo tanto puede afectar de forma relevante a la credibilidad de tales cuentas y a la veracidad de la información que suponen. La jurisprudencia considera que si la opinión es desfavorable, las cuentas no podrían ser aprobadas por la junta (y si se aprobaran, el acuerdo de aprobación sería impugnabile), mientras que si es “denegada” sí podrían serlo según cada caso,

pues las incertidumbres reflejadas en la memoria no impiden necesariamente que las cuentas reflejen la imagen fiel de la sociedad (SsTS de 9 de julio de 2012 u 8 de febrero de 2013).

2.4.7. Depósito y publicidad de las cuentas anuales

Las cuentas anuales y el informe de auditoría se depositan y publican, en ciertos casos, en registros públicos. Así, en el supuesto más relevante, las de sociedades de capital, y colectivas y comanditarias simples cuyos socios colectivos sean sociedades, se depositan y publican en el Registro Mercantil (arts. 41 CdeC, y 279-284 LSC); las de las cooperativas se depositan en el Registro de Sociedades Cooperativas (art. 61.4 LCoop). De esta manera, los terceros gozan de un fácil acceso a tales cuentas y pueden comprobar su contenido y la opinión del auditor. La publicidad de las cuentas es una más de las piezas que logra la transparencia del mercado, pues la situación económica de la mayoría de empresarios es accesible a terceros de todo tipo (consumidores, proveedores, competidores, etc.). De igual forma, la falta de depósito de cuentas es un dato relevante para poder desconfiar de ese empresario que no cumple de forma regular esa obligación. La publicidad de las cuentas depositadas se realizará mediante certificación expedida por el registrador o por medio de copia de los documentos, a solicitud de cualquier persona (art. 369 RRM). Además, el registrador comunicará al Registro Mercantil Central el hecho del depósito, y el BORME publicará el anuncio de las sociedades que hubieran cumplido esta obligación de depósito (art. 370 RRM).

En la actualidad, lo más común es realizar el depósito de cuentas mediante remisión de un fichero informático, algo que está expresamente admitido y regulado mediante la Instrucción de la DGRN de 26 de mayo de 1999. El registrador calificará si están todos los documentos exigidos, si han sido aprobados por la junta general o los socios, y si constan las preceptivas firmas, y verificado esto tendrá por depositadas las cuentas (art. 368 RRM). En la línea apuntada en el epígrafe anterior, la doctrina registral ha entendido que el registrador no debería admitir el depósito si el informe de auditoría fue desfavorable, y solo en ciertos supuestos si la opinión fue denegada (véanse, con diversos matices, RRDGRN de 1 de agosto de 2014, 11 de marzo de 2014 o 20 de octubre de 2015). El registrador conservará los documentos durante seis años a contar desde el anuncio del depósito en el BORME (art. 377 RRM).

La falta de depósito de las cuentas es relevante, pues ocasiona, con carácter general, el “cierre del registro”, esto es, la imposibilidad de inscribir otros documentos de esa sociedad. En efecto, si transcurre un año desde la fecha del cierre del ejercicio sin practicarse el depósito, el registrador no inscribirá ningún documento (con excepción de ciertos supuestos, véase art. 378 RRM). Además de esta regla general, normas específicas imponen otras sanciones (por ejemplo, el artículo 283 LSC fija multas a imponer a la sociedad). Por último, la falta de depósito tampoco es un buen indicio para los terceros, que desconfiarán de la solvencia de una sociedad que no hace pública su situación económica.

2.5. Auxiliares del empresario

2.5.1. Planteamiento general

Como resulta obvio, el empresario debe utilizar los servicios de una gran cantidad de auxiliares o colaboradores, en sentido amplio, que le ayuden bien a realizar la actividad propia de la empresa (por ejemplo, producción de bienes), bien a efectuar labores de promoción o presentación de los productos. En un sentido muy amplio podríamos considerar auxiliares o colaboradores desde el personal laboral de la empresa que realiza la actividad, hasta todas las empresas auxiliares que efectúan actividades complementarias pero necesarias para ultimar la actividad (agencias publicitarias, transportistas, depositarios, etc.). Los primeros realizan una colaboración material, no jurídica, y se rigen por el derecho laboral; los segundos efectúan contratos de prestación de servicios, y se relacionan con el empresario por medio de contratos de muy diverso tipo. Pero aparte de este sentido amplio de la “colaboración”, existen sujetos que realizan una labor netamente jurídica, de representación del empresario en sus relaciones con terceros, o de promoción de la venta de los productos, y a ellos suele referirse la doctrina cuando habla de los “colaboradores” o “auxiliares” del empresario. Los primeros son “apoderados” a los que el empresario encomienda bien la labor general de actuación frente a terceros, bien labores específicas; los segundos suelen recibir la denominación genérica de “agentes comerciales”.

2.5.2. Apoderados del empresario: factor, dependiente y mancebo

Dentro de los auxiliares del empresario cobra especial relevancia la figura del factor. El artículo 283 CdeC lo conceptúa como “el gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario”. Se trata, así, de un “apoderado general” del empresario, puesto por él al frente del negocio y autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar. No en vano se le suele calificar como el *alter ego* del empresario, pues en realidad realiza externamente su misma labor y está al frente del negocio. Por eso, además, el artículo 282 CdeC exige que tenga la capacidad necesaria para obligarse con arreglo a este Código, la capacidad para ser comerciante, pues de hecho actúa como tal. A menudo, cuando el empresario individual no puede dedicarse personalmente al negocio, o en supuestos de empresario social, se coloca al frente del mismo a una persona de confianza a la que se le otorga un poder general para gestionar todo lo relativo a la actividad de ese establecimiento, local o nave: ese es el denominado “factor”, que normalmente recibe también el nombre de director general o gerente.

Distinta de la figura del “factor” es la del administrador de una sociedad mercantil, o el consejero delegado, o el sujeto que con el nombramiento orgánico adecuado actúa como gestor de hecho de la empresa. En tal caso su régimen jurídico será el de administrador, consejero delegado o el de su nombramiento, que también puede constituir de hecho o de derecho un apoderamiento general, pero delimitado y regido por la Ley societaria aplicable, no por el Código de comercio.

Normalmente, el factor estará ligado jurídicamente al empresario por una relación laboral. Cuando se trate de un alto cargo, le sería aplicable la relación laboral especial del RD 1382/1985, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. A esa relación laboral se superpone el poder otorgado para actuar y obligar frente a terceros.

Para que estemos ante un verdadero factor es preciso que el poder que se le ha otorgado sea general, relativo a “las cosas concernientes” al establecimiento o empresa. Puede haberse limitado de alguna forma (por ejemplo, que no pueda vender inmuebles o realizar un tipo de negocios o inversiones de grandes cuantías o riesgos), pero siempre que le queden encomendadas la mayoría de las operaciones de gestión ordinarias. Por eso, el artículo 283 CdeC señala que podrá tener “más o menos facultades”, pero siempre contando con una autorización para administrar, dirigir y contratar sobre “las cosas concernientes a él”. El poder, y sus posibles limitaciones, será inscribible en el Registro Mercantil, en la página abierta al empresario (art. 22.1 y 2 CdeC). Se ha discutido largamente en la doctrina española acerca de si los límites impuestos al factor, en su caso, serían oponibles a un tercero que contrata con él y desconoce, de hecho, tal limitación. Para algunos autores, los límites serían oponibles si están inscritos en el Registro Mercantil, por el principio de oponibilidad o publicidad material positiva (art. 21 CdeC). Sin embargo, otros consideran que si se trata de un “factor notorio”, que actúa de forma notoria como un *alter ego* del empresario, incluso los límites inscritos resultarían inoponibles, pues se ha creado una apariencia de que ese apoderado tiene facultades para realizar todos los actos propios de la empresa. Esta segunda línea doctrinal se apoya en el artículo 286 CdeC, que considera vinculado al empresario cuando actúa un factor notorio incluso cuando se alegue abuso de confianza o transgresión de facultades, siempre que los contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento. Como, de hecho, los límites al poder no suelen inscribirse en el Registro, en general la jurisprudencia considera que el factor notorio obliga siempre al empresario cuando realiza actos propios del giro y tráfico específicos propios del local o establecimiento al frente del cual se encuentra.

El factor debe actuar en nombre del empresario (art. 284 CdeC). Ahora bien, incluso cuando no lo manifieste expresamente, si se trata de un factor que notoriamente pertenezca a la empresa también le obliga (art. 286 CdeC, “se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos”). Si el factor actuó en nombre propio, como si el negocio fuera suyo y no del empresario, se entiende que este quedará obligado si de hecho se aprovecha de los

Ejemplo

A menudo, cuando entramos en un establecimiento mercantil distinguimos a una persona que “aparentemente” es el empresario, que dirige el establecimiento, al que consultan los demás empleados, que recibe los pedidos, etc. Puede que sea, realmente, el empresario o que sea un “factor” a quien el empresario ha encargado la llevanza general de todo el negocio. Nosotros no le preguntaremos cuál es su posición, y simplemente presuponemos que es “el que manda” porque aparentemente es el director del negocio.

efectos del negocio (ratificación tácita de la actuación del apoderado), o si la parte contratante prueba que la negociación se hizo por cuenta del principal (art. 287 CdeC).

El factor no puede ejercer por cuenta propia ni de otro empresario el mismo género de negocio de su principal, a menos que este lo autorice expresamente (art. 288 CdeC). El poder del factor terminará con la revocación por el empresario, pero a este le seguirán vinculando las actuaciones realizadas por el factor antes de que le sea comunicada tal revocación, o respecto de terceros, mientras que tal revocación no se inscriba y publique, o no se comunique fehacientemente a tal tercero (art. 291 CdeC). La muerte del principal no extingue el poder (art. 290 CdeC, si bien lo podrán revocar los herederos), pero la muerte del factor sí.

En el establecimiento el empresario puede haber conferido también poderes a otros empleados, pero limitados a ciertas actuaciones concretas. En tales casos el Código de comercio utiliza los términos “dependiente” (cuando se encomienda el desempeño constante, en nombre del empresario, de alguna o algunas gestiones propias del tráfico del negocio, art. 292 CdeC) o “mancebo” (cuando se encomienda, concretamente, la venta en el establecimiento, o la recepción de las mercaderías, arts. 294 y 295 CdeC). Estos poderes singulares se comunicarán a los particulares por avisos públicos o por medio de circulares (art. 292.1 CdeC), si bien también podrían inscribirse en el Registro Mercantil, en la hoja abierta al empresario.

2.5.3. Agentes comerciales

Los auxiliares del empresario que normalmente actúan fuera del establecimiento, promocionando los productos y procurando la realización de ventas, suelen denominarse “agentes comerciales”. Normalmente carecen de poder del empresario para obligarle, de forma que simplemente transmiten al empresario el interés del cliente por contratar, y es el empresario quien decide si perfecciona o no el negocio (aunque también cabe la figura del agente representante, a quien el empresario confiere poder para contratar).

La relación jurídica que une a estos agentes con el empresario puede ser de dos tipos. Será una relación laboral si el comercial no tiene una empresa propia, y actúa con los medios materiales y técnicos del principal. Se trata de una relación laboral especial, regida por el RD 1438/1985, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas (relación laboral especial por el hecho de que normalmente actúa fuera de la empresa, visitando a los clientes, de forma que la sujeción horaria y la organización suelen ser distintas a las de otros empleados).

La relación, en cambio, será de agencia mercantil, regida por la Ley 12/1992, si el agente es un empresario, con su propia organización de medios, que se dedica profesionalmente a la intermediación mercantil.

2.6. Empresa y establecimiento mercantil

2.6.1. Consideraciones generales

El empresario es titular de toda una serie de bienes y derechos que constituyen, en una abstracción, su “empresa”. La empresa es una realidad conjunta inmaterial, que por supuesto contiene en sí elementos materiales. Así, normalmente la empresa la constituyen relaciones y contratos relativas a prestaciones subjetivas de actividad (relaciones laborales con los trabajadores, contratos de servicios profesionales con prestadores de servicios independientes); relaciones jurídicas sobre bienes inmateriales (licencias de patentes, marcas y/o *know-how*, derechos de propiedad intelectual, etc.); relaciones jurídicas sobre bienes materiales (propiedad de bienes, uso de bienes en alquiler, etc.); derechos de crédito y deuda y posibles garantías; y relaciones jurídicas de compra y venta de bienes o de prestación de servicios diversos (contratos de compra-venta, de transporte, de seguro, financieros, etc.). Precisamente, lo que logra un buen empresario es organizar adecuadamente todos esos elementos personales, materiales y jurídicos para producir bienes o servicios con una rentabilidad; un mal empresario, con esos mismos bienes y realizando esa misma actividad, obtendría pérdidas, por organizarlos de forma inadecuada. Como toda actividad humana, la empresarial tiene un componente de libertad, de iniciativa y de creatividad que es el que logra el éxito o el fracaso. Pero además de esos elementos sobre los que existe una relación jurídica, real o personal, hay también elementos puramente fácticos que añaden una mayor complejidad y, normalmente, riqueza a la empresa: las expectativas y la clientela. Una empresa bien organizada (una buena empresa) tendrá buenas expectativas de crecimiento y una clientela fidelizada.

La “clientela” a veces está relacionada jurídicamente con el empresario (por ejemplo, el mayorista que se ha comprometido a adquirir una cantidad de bienes durante un cierto tiempo), pero la mayoría de las ocasiones es un elemento inestable, porque puede dejar de acudir a ese empresario con total libertad. Precisamente para evitarlo el empresario debe intentar “fidelizarle” con el mejor trato, buenos precios, información, etc. En caso de transmisión de empresa la clientela, como un elemento fáctico, no se puede transmitir directamente, pero sí hay medios indirectos que buscarán ese efecto, y que se exponen más adelante.

En general, se suele denominar “fondo de comercio” a ese valor añadido que tiene el elemento organizativo del empresario, y que hace que una empresa considerada en su conjunto tenga un valor muy superior a la simple suma aritmética del valor de los bienes y derechos que la integran. Cuando se trans-

mite la empresa suele darse un valor a ese “fondo de comercio”, que será tanto mayor cuanto mejor estén organizados los elementos y por lo tanto haya más expectativa de ganancia. Precisamente, cuando existe tal transmisión en la contabilidad se hará constar el valor pagado por el fondo de comercio.

Normalmente se denomina “establecimiento” al conjunto objetivo de bienes y derechos que constituyen la realidad física de la empresa: la nave industrial (en propiedad, o alquilada), la maquinaria, la disposición de los bienes, los almacenes, los vehículos precisos para la actividad, etc. Se puede transmitir bien el establecimiento (por ejemplo, porque el adquirente quiere los inmuebles, pero va a desarrollar una actividad distinta –una empresa diferente–), bien la empresa (porque el adquirente va a desarrollar la misma actividad), y en cada uno de esos supuestos el conjunto de derechos y obligaciones es bastante distinto: en el primer caso, bastaría transmitir la titularidad y derechos sobre los bienes; en el segundo, habría que comunicar además los secretos industriales, intentar que la clientela se mantenga fiel al nuevo empresario, transmitir los contratos de aprovisionamiento y venta, etc. De igual forma no es lo mismo alquilar un local (simplemente se permite el uso de una sede física) que alquilar una empresa ya montada (por ejemplo, al alquilar un establecimiento de hostelería, el arrendatario va a desarrollar la misma actividad y precisaría mucha más información y la transmisión de bastantes relaciones contractuales).

2.6.2. Establecimiento mercantil. En especial, las mercaderías. Establecimiento principal y sucursales

Por “establecimiento” entendemos aquí, como ya se ha señalado, el conjunto objetivo de bienes y derechos que constituyen la realidad física material de la empresa. Tales bienes no tienen un régimen jurídico específico (distinto al propio del derecho civil de bienes), a excepción de las mercaderías. Las mercaderías suelen definirse como los objetos muebles, transformados o no por la empresa, que se destinan por esta al tráfico mercantil. Pueden ser bienes que la empresa compra para revender, sin transformación; o los bienes que la empresa fabrica o elabora a partir de otros. Lo relevante es que se destinan al tráfico: por ejemplo, un electrodoméstico fabricado por la empresa es mercadería cuando se ofrece en venta al público; y deja de serlo cuando, adquirido, se usa por su adquirente (ya no lo destina al tráfico).

Lo relevante de las mercaderías es que, conforme al artículo 85 CdeC, la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertos al público causará prescripción de derecho a favor del comprador respecto de las mercaderías adquiridas, quedando a salvo, en su caso, los derechos del propietario de los objetos vendidos para ejercitar las acciones civiles o criminales que puedan corresponderle contra el que los vendiere indebidamente. Esto es, aunque la mercadería no fuera de propiedad del vendedor, si se adquiere en tienda abierto al público el comprador sí deviene propietario (la venta “causa prescripción de derecho” a su favor). Este precepto se halla en línea con el artículo 464 Cc, y supone una excepción al principio general de la reivindicabilidad que se consagra en

los artículos 348 y 349 Cc. La regla se aplica tanto si la venta en tienda es civil (porque es para consumo) como mercantil (porque el comprador quiere revender el bien, con ánimo de lucro en la reventa).

En la práctica, es bastante común que el empresario desarrolle su actividad en varios establecimientos, de los cuales uno sea el principal (en el que desarrolla fundamentalmente su actuación fabril, industrial o de servicios) y otros simples sucursales. Si el empresario es una sociedad de capital, deberá fijar su domicilio en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación (art. 9 LSC). Como se ve, aquí el establecimiento principal se toma como determinante del domicilio (en alternativa al centro de dirección, que podría estar en otro lugar). La sucursal, en cambio, es “todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollen, total o parcialmente, las actividades de la sociedad” (art. 295 RRM). No sería sucursal una simple tienda en la que se ofrecen los bienes o servicios al público, si no cuenta con una cierta autonomía de gestión. Las sucursales se inscriben en el Registro Mercantil (haciendo constar las actividades encomendadas y los sujetos representantes nombrados con carácter permanente para ella, en la hoja de la sociedad, art. 297 RRM).

2.6.3. Transmisión de la empresa o del establecimiento

El establecimiento o la empresa pueden ser objeto de negocios jurídicos: transmisión, arrendamiento, hipoteca, embargo, etc. Cuando lo transmitido o gravado es únicamente el establecimiento la operación resulta más sencilla, pues se trata de bienes o derechos identificados, objeto de una relación jurídica que es transmisible según reglas específicas. Sin embargo, si el objeto es la empresa, habrá que transmitir el establecimiento y, además, procurar que el resto de relaciones jurídicas y fácticas que suponen la empresa se transmitan también. El “problema” lo constituyen aquí las relaciones fácticas. Los contratos con proveedores, prestadores de servicios, etc. podrían transmitirse si hay acuerdo con tales proveedores y prestadores (y es un acuerdo que no se puede “garantizar”, porque depende de la voluntad de estos, que pueden confiar o no en la figura del nuevo empresario). Pero las relaciones fácticas (clientela, expectativas) solo se pueden transmitir indirectamente, por los medios que luego se verán, siendo el nuevo empresario quien con sus dotes de organización deberá lograr que esa empresa mantenga su nivel productivo (o lo mejore).

En el caso de venta, el negocio de venta es único y engloba como un todo el conjunto de bienes y derechos que suponen el establecimiento o la empresa. Pero aunque el negocio, y su objeto, sean únicos, al no existir una regulación de esta modalidad, la ejecución de ese negocio se traduce en la necesidad de transmisión de todos y cada uno de los elementos del establecimiento o empresa, además con arreglo a su propia ley de transmisión. Esto convierte tal ejecución en algo muy complejo, cuyo resultado exitoso no siempre está garantizado (dependerá, por ejemplo, de que los contratantes del antiguo em-

presario quieran continuar siéndolo del nuevo). En el Anteproyecto del Código de comercio sí se contemplaba un régimen unitario, de forma que por ley se establecía una venta en bloque de todos los elementos, y algo parecido ocurre en la regulación concursal cuando se transmite en bloque una unidad productiva: el adquirente se subroga en todas las relaciones jurídicas y contratos del concursado, sin necesidad de contar con la voluntad de los contratantes (véase art. 146 bis LC). La complejidad será mayor en la venta de empresa (habrá que transmitir bienes y derechos, relaciones contractuales, elementos fácticos, etc.), y mucho menor en la venta de establecimiento (normalmente solo se transmiten bienes y ciertos derechos, pero no los créditos y deudas del empresario, no todas las relaciones contractuales, etc.; si el adquirente solo precisa el establecimiento, pero no va a desarrollar la misma actividad, normalmente no adquiere créditos, deudas y las relaciones contractuales conectadas con la prestación de la actividad empresarial concreta).

De acuerdo con esto, los bienes deberán transmitirse cada uno de acuerdo con sus reglas (por ejemplo, si hay inmuebles, para poder oponer la venta a terceros sería precisa escritura pública e inscripción de la nueva titularidad en el Registro de la Propiedad). La transmisión de créditos no precisará del consentimiento del deudor (véanse arts. 347 CdeC y 1526 y sig. Cc), pero será mejor notificárselo a este, y el transmitente no responde de la solvencia del deudor salvo que se pacte lo contrario (pacto de responsabilidad de la solvencia que sí suele contenerse en el contrato de venta del establecimiento o empresa). La transmisión de deudas sí precisa del consentimiento del acreedor (art. 1205 Cc), porque cambia el patrimonio que responde del pago de esas deudas. En cuanto a los contratos, deberá negociarse con el otro contratante la subrogación del adquirente. Una regulación especial en este punto existe en cuanto a los contratos laborales, puesto que en estos el adquirente sí queda subrogado *ex lege* (por mandato legal; no es preciso negociarlo con los trabajadores) en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente. Además, y sin perjuicio de lo establecido en la legislación de seguridad social, el cedente y el cesionario responden solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas (art. 44 ET).

Un problema específico plantea, como queda dicho, en la venta de empresa la transmisión de los elementos fácticos (clientela y expectativas), pues no cabe una transmisión directa. Lo que se realiza son distintas actuaciones que buscan que el adquirente tenga toda la información posible, y que los clientes sigan siéndolo del nuevo empresario (una “transmisión por vías indirectas” de clientela y expectativas). Así, deberán transmitirse los signos distintivos (marcas, patentes, rótulo del establecimiento, etc.) para que la “apariencia” de la empresa se mantenga. En segundo lugar, deben comunicarse los “secretos comerciales” utilizados por el empresario que enajena para lograr un buen

producto y atraer y fidelizar la clientela (la figura del “secreto industrial” ha sido objeto de regulación reciente mediante la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales). En tercer lugar, puede ser conveniente comunicar a los clientes la transmisión y manifestar que la prestación del servicio seguirá siendo igual de eficiente con el nuevo empresario. Y, por último, es común pactar la no competencia del enajenante en el mismo territorio durante un tiempo adecuado (pues si él volviera a ejercer esa actividad en ese territorio, posiblemente los clientes le comprarían a él).

Por lo que se refiere a la transmisión *mortis causa* de la empresa, operará en supuestos de empresario persona física que fallece. En este caso, el sucesor que adquiere la empresa por herencia, si continúa su explotación, mantiene la empresa en sí y se produce la transmisión *mortis causa*. A efectos laborales, opera igualmente una “sucesión de empresa”, de forma que los contratos laborales no se extinguen sino que continúan con el nuevo empresario (art. 49 ET). El artículo 1056 Cc permite al testador que quiera preservar indivisa una explotación económica, o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas, que disponga que el heredero pague en metálico la legítima a los demás herederos legitimarios (pago que podría hacerse incluso con dinero extrahereditario, del propio heredero).

El establecimiento mercantil puede ser hipotecado, para garantizar el pago de una deuda; obviamente, la empresa en sí no podría ser objeto de hipoteca (pues no es un “derecho” ni un “bien”, sino un conjunto de derechos y bienes a los que se añade la actividad del empresario, que le confiere un valor añadido). La hipoteca de establecimiento mercantil está regulada en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento (LHMPD) de 1954. Esta requiere que dicho establecimiento se halle instalado en un local de negocio del que dicho empresario sea dueño o arrendatario con facultad de traspasar (art. 19 LHM), puesto que en otro caso, el acreedor no podría operar el derecho a disponer del bien en caso de impago de la deuda garantizada (si el local está arrendado, debe notificarse fehacientemente la hipoteca al arrendador o al propietario, teniendo el arrendador derecho a incrementar la renta por esta razón). Esta hipoteca se caracteriza legalmente porque la Ley considera qué bienes y derechos, obligatoriamente, están incluidos en la hipoteca, y cuáles podrían incluirse por voluntad de las partes. La escritura pública de este negocio tiene un contenido también predeterminado por la Ley, y se inscribirá en el registro de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. Quien hipoteca debe mantener la explotación de la empresa (pues si no, minusvaloraría el derecho hipotecado).

Tanto el establecimiento como la empresa pueden ser dados en arrendamiento. Antaño, cuando existía una regulación imperativa del arrendamiento de local de negocio, era muy común “enmascarar” arrendamientos de local como arrendamientos de empresa, para así escapar de dicha regulación. El arrendamiento del establecimiento, como simple lugar de ubicación de la actividad, está contemplado en la Ley de arrendamientos urbanos, si bien concediendo

una amplia libertad a la voluntad de las partes (a diferencia de la anterior regulación del “arrendamiento de local de negocio”). El arrendatario, salvo pacto en contra, puede subarrendar o ceder el contrato de arrendamiento sin necesidad de consentimiento del arrendador (si bien debe notificarle estos negocios de forma fehaciente en el plazo de un mes desde el acuerdo, teniendo el arrendador derecho a un incremento de la renta).

En cuanto al arrendamiento de empresa, es una figura que se practica en ciertos sectores (por ejemplo, el titular de un bar o de un establecimiento de hostelería que alquila todo el negocio a otro empresario para que lo explote en épocas puntuales), y que se regiría, en general, por el Código civil. La jurisprudencia ha ido definiendo las obligaciones más importantes de las partes. En este negocio el arrendador tiene obligaciones similares a las del vendedor de empresa, pues para intentar la transmisión de los elementos fácticos durante el tiempo que dure el arrendamiento, debería comunicar al arrendatario los secretos industriales y no hacer competencia en ese territorio durante la vigencia del arrendamiento. Esta obligación de no competir derivaría igualmente de la regulación legal del arrendamiento (art. 1554.3 Cc, mantener en el goce pacífico de la cosa), que también le impone efectuar las reparaciones necesarias a fin de conservar el bien en estado de servir para el uso a que ha sido destinado (art. 1554.2 Cc). El arrendatario debería mantener el uso del bien, y su estructura organizativa, y entregar el establecimiento a la finalización del contrato conservando la aptitud para la actividad a la que se destina.

La figura del usufructo de empresa es, teóricamente, admisible. Si bien no está contemplada expresamente en la Ley, el Código civil admite el usufructo universal constituido *inter vivos* sobre un patrimonio (arts. 476 y 506 Cc), o *mortis causa* sobre la herencia (arts. 508 y 510 Cc). Como el usufructuario debe conservar la sustancia del bien usufructuado, debería mantener la explotación empresarial (por eso, no cabría, en cambio, la figura del simple usufructo del establecimiento o local de negocio). El anterior empresario debería cumplir las obligaciones correspondientes para facilitar la transmisión indirecta de las relaciones de hecho (comunicar secretos industriales, no competir, etc.).

Por último, el establecimiento o local de negocio podría ser objeto de embargo (no, obviamente, la empresa como organización del empresario). El artículo 592 LEC prevé la posibilidad de que se decrete el embargo de la empresa (establecimiento) cuando, atendidas todas las circunstancias, resulte preferible al embargo de sus distintos elementos patrimoniales. En estos casos puede procederse al nombramiento de un administrador judicial (arts. 630 a 633 LEC), que incluso podría sustituir a los administradores de la empresa embargada, aunque, si lo embargado es parte de la empresa, o la mayoría de las cuotas de socio, entonces cabría, además, designar a dos interventores, uno que represente a la mayoría de socios –los ejecutados– y otro a la minoría. Si finalmente el embargo conduce a la venta del establecimiento se produciría una transmisión *inter vivos*, bien del establecimiento (si únicamente se venden los bienes

y derechos), bien de la empresa (si el adquirente va a continuar la explotación, con una serie de obligaciones añadidas para el titular por cuya cuenta se enajena el bien).

3. Sujetos del derecho mercantil (II): el consumidor

3.1. Concepto de consumidor

El término “consumidor” no tiene un significado unívoco en nuestro ordenamiento, y se suele distinguir un “concepto amplio” y un “concepto estricto” de consumidor. En el concepto amplio, “consumidor” sería todo ciudadano o administrado, porque todas las personas físicas somos, cuando no operamos nuestra actividad profesional, consumidores. Se trata de un concepto muy general, casi puramente programático, y es el punto de partida del artículo 51 CE cuando establece que “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

El concepto estricto, en cambio, supone una delimitación más concreta, que se realiza a los efectos de la aplicación de una normativa concreta. En este sentido, no hay un único “concepto estricto”, sino que cada norma relativa a consumidores suele establecer el concepto de tal “a los efectos de esta norma”. Cada directiva comunitaria sobre consumidores establece su concepto (no siempre coincidente con el de las demás, aunque existe un patrón común básico al que luego se hará referencia), y en España, aparte de la Ley general, cada comunidad autónoma tiene su propia ley que establece un concepto estricto específico.

En el derecho español el “concepto estricto de consumidor” básico, fijado a los efectos de la aplicación de la Ley general de defensa de consumidores y usuarios, es el siguiente: “Son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial” (art. 3 LGDCU, según la redacción dada por la Ley 3/2014). De este concepto destacan tres notas esenciales. En primer lugar, la caracterización del consumidor por actuar en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional. Un abogado actúa como profesional al asesorar a un cliente o al adquirir un ordenador para el despacho, pero sin embargo actúa como consumidor al contratar la línea telefónica para su vivienda. No “se es” consumidor, sino que “se actúa” como tal, pues todos los seres humanos realizamos actos bien relacionados con nuestra profesión, bien ajenos a la misma. En estos segundos es donde se aplica la Ley general de defensa de consumidores y usuarios, por las razones que luego se exponen. En segundo lugar, debe ser propósito ajeno a “su” actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (en la redacción anterior a la Ley 3/2014 se utilizaba el artículo indeterminado “una”, de forma que se creaba la duda

Ejemplo

De esta forma, no actúa como consumidor el empresario que contrata el suministro de energía eléctrica para su empresa (STS de 15 de diciembre de 2005), el empresario que contrata un terminal de punto de venta con una entidad financiera, para permitir que sus clientes paguen con tarjeta (STS de 9 de junio de 2009), ni el usuario de un bien arrendado en *leasing* (STS de 17 de marzo de 1998).

sobre actos “profesionales” pero extraños a la profesión o dedicación del sujeto). Por último, la Ley española admite que el consumidor sea una persona jurídica, o entidades sin personalidad, pero solo si actúan sin ánimo de lucro, y lo hacen en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Generalmente se considera que serán actos profesionales tanto los que constituyan específicamente la actividad empresarial o profesional desarrollada por el sujeto, como los relacionados indirectamente con ella (por ejemplo, contratar el servicio de limpieza para el despacho, o la línea telefónica).

El concepto estricto plantea problemas de determinación, sobre todo respecto de los “actos mixtos”, realizados tanto para la actividad profesional como para la de consumo (por ejemplo, el profesional que compra un vehículo para sus viajes de empresa, pero también para utilizarlo en su actividad familiar y de ocio). No existe una postura unánime al respecto, y parece más lógico tratarlo como acto de consumo solo si el uso profesional es mínimo. Este fue el sentido de la decisión del TJCE en el caso Gruber (STJCE de 20 de enero de 2005).

Hay que destacar, sin embargo, que la propia LGDCU establece otros “conceptos estrictos” para ámbitos concretos. Así, la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos se aplica a todo “perjudicado”, sea consumidor, empresario o profesional (art. 128 LGDCU, véase lo dicho anteriormente). Y en la normativa sobre viajes combinados se considera como sujeto protegido al “viajero”, que es “toda persona que tiene la intención de celebrar un contrato o tiene derecho a viajar en virtud de un contrato celebrado con arreglo a este libro”, art. 151.1.f LGDCU en la redacción dada por el Real decreto ley 23/2018, de 21 de diciembre). Por lo tanto, la propia Ley general española no tiene un único “concepto estricto de consumidor”. Estas diferencias son las mismas que en el derecho comunitario, que también parte de una delimitación distinta del ámbito subjetivo de aplicación de las normas sobre productos defectuosos y sobre viajes combinados.

En la normativa comunitaria, la mayoría de directivas y normas parte de un concepto de consumidor como persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional. La diferencia fundamental con el concepto estricto general del derecho español es la exclusión de cualquier persona jurídica. En cuanto a las normas autonómicas españolas, hasta ahora la mayoría sigue el concepto inicialmente tomado por la LGDCU, antes de su reforma en 2007, y que lo delimitaba como el “destinatario final” de los bienes o servicios.

En ocasiones, la normativa o la jurisprudencia toman como referente no a cualquier consumidor, sino a un consumidor caracterizado de forma específica. Por ejemplo, en materia de derecho de marcas o de la competencia desleal, cuando se refiere al “riesgo de confusión”, se acude como referencia de si existe confusión a la percepción del “consumidor medio, normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz”. Ese consumidor medio debe seguir cumpliendo los requisitos del concepto de consumidor, pero se exige además una cualificación, se toma como referencia a un consumidor informado, atento y

perspicaz. Por lo tanto, no en todos los supuestos se defiende a cualquier consumidor, sino que en ciertos sectores se modaliza esa protección limitándola a cierto tipo de consumidores.

3.2. La “protección del consumidor” en el derecho privado actual

3.2.1. Razones de la protección del consumidor

El llamado “derecho del consumo” surgió en el último tercio del siglo XX como una especie de respuesta protectora a una supuesta situación de debilidad estructural del consumidor frente al empresario. En la “visión clásica”, el consumidor es la parte débil en la relación contractual, sometida al mayor poderío económico y a los conocimientos especializados del empresario, mero destinatario de las decisiones de los empresarios y de los detentadores del capital. Desde este punto de partida, hay que proteger al consumidor del abuso de poder económico del que en ocasiones puede ser objeto por parte del empresario, fijando normas imperativas que aseguren unos derechos mínimos, y concediéndole en algunos casos un derecho a desistir de la relación contractual ya constituida. En su versión más radical, este tipo de concepciones peca de un marcado “victimismo”, y configura al consumidor casi como un “incapaz”, a quien hay que proteger por sistema frente al empresario (“el consumidor siempre tiene la razón”). Estas versiones más radicales encubren en ocasiones una postura puramente paternalista, de proteger al consumidor frente a sus propias decisiones equivocadas, lo que es contrario a la consideración de que toda persona es responsable de sus actos.

Frente a esta visión, y desde posturas ideológicas bien distintas, otros autores destacan que esa supuesta diferencia estructural de poder no es cierta, como regla general, y que el consumidor medio puede informarse adecuadamente y tomar decisiones razonables optimizando sus recursos y eligiendo las mejores ofertas. La defensa del consumidor no estaría tanto en el dictado de normas imperativas, que a veces suponen unos costes y unas equivocaciones que no quedan compensados por los posibles efectos beneficiosos. Para estos autores, la verdadera defensa del consumidor radica en hacer que el mercado funcione correctamente: competencia entre empresarios, información transparente y veraz sobre productos, servicios y precios, etc.

En los derechos comunitario y español existen, así, normas específicas de protección de los consumidores en ciertos ámbitos concretos que se basan más en la primera visión: asignación de ciertos derechos imperativos a favor del consumidor, exigiendo normalmente una información mínima amplia y clara sobre el contenido del contrato, y concediendo en algunos casos un derecho a desistir del contrato ya celebrado. Junto a ellas, toda la normativa de institucionalización del mercado (que se expone en el módulo 2) supone una protección del consumidor, y en general de todos los actuantes en el mercado, que se

inscribe en la segunda de las visiones señaladas. Ambos tipos de normas coinciden en intentar superar la “asimetría informativa” existente: el empresario conoce sus productos y servicios, y es especialista en las prestaciones que pueden alcanzar, pero el consumidor normalmente no es especialista, ni conoce toda la gama de productos de los competidores. Por ello se hace hincapié en la información previa a la contratación: una información completa, totalmente clara, y previa a contratar.

A menudo esa información previa no cumple, y posiblemente no pueda cumplir, la función asignada. Para la inmensa mayoría de consumidores, no especialista en el tipo de producto que adquiere y en las prestaciones que pueda obtener del mismo, por mucha información que se les suministre no le sirve de “ayuda real” para tomar su decisión. Además, el “exceso de información” –largos formularios de letra pequeña– puede que colme el requisito de que la información sea completa, pero desde luego en contra de la claridad y sencillez. En cualquier caso, la información poco clara, incomprensible, ilegible, no es información. El consumidor no puede evitar su deber de informarse adecuadamente, por lo que no podrá obtener protección si fue informado de forma clara de las prestaciones o características que luego no satisfacen su fin particular.

3.2.2. La protección del consumidor en el derecho privado actual: “generalización” de reglas nacidas dentro del “derecho del consumo”

En sus inicios, las normas de protección del consumidor nacieron como una especie de reacción u oposición al derecho contractual general, como una protección específica de una de las partes contractuales frente a la otra. Se llegó a afirmar, por ello, la existencia de un “derecho del consumo” como si fuera un derecho especial con principios específicos, un *tertium genus* no integrado en los derechos civil ni mercantil. Ciertamente, la proliferación de normas especiales de protección del consumidor avalaba esta posición, dado que cuantitativamente el “derecho del consumo” suponía un conjunto relevante de reglas.

En la actualidad, sin embargo, la tendencia es más bien a “integrar” las normas de protección de consumidores dentro del derecho privado general. Así, en el *draft common frame of reference* antes aludido no existe un conjunto especial de reglas sobre consumidores, sino normas específicas en algunas instituciones que matizan la regulación general. Además, actualmente se advierte una tendencia a generalizar reglas y soluciones que nacieron o se explicitaron dentro del “derecho del consumo”, y aplicables solo a consumidores, pero respecto de las que se advierte que deben predicarse de toda contratación, entre o con empresarios o consumidores. El derecho comunitario de protección de consumidores tiene su ámbito subjetivo limitado a los consumidores porque la Unión Europea carece de competencias para legislar en materia general de contratación. Pero normas surgidas en ese ámbito luego se han ido generalizando, en diversos derechos nacionales, a todo tipo de contratante. Así, el requisito de que las condiciones generales de la contratación deban ser claras y de que el predisponente debe informar de ellas antes de contratar, exigido en la Directiva comunitaria 93/13/CEE solo para contratos con consumidores, se predica en España para todo tipo de contratos celebrados mediante condiciones generales (arts. 5 y 7 LCGC). El deber de información previa a la contrata-

ción, inicialmente exigido también por las directivas solo respecto de consumidores, se ha generalizado ya a muchos tipos de contratos, incluso ofertados a empresarios (por ejemplo, en el comercio electrónico, véanse arts. 5 y 10, Directiva 2000/31/CE y 10, 12bis, 27 y 28 LSSICE). Esta “generalización” de instituciones nacidas inicialmente como “consumeristas” es aún más evidente en los textos comunitarios preparados para crear un “marco común de referencia” (*draft common frame of reference*) para todo el derecho privado europeo, en los que buena parte de las regulaciones contractuales generales, para todo tipo de sujetos, se basan en reglas e instituciones recogidas en directivas comunitarias de protección de consumidores.

Se consagra así legalmente una tendencia que ya la doctrina venía auspiciando desde hace tiempo, y es la de que novedades introducidas por la vía del “derecho del consumo” luego se generalicen a toda la contratación privada. Y esto es así porque el “derecho del consumo” no debe contemplarse (y, desde luego, no debería ser) como un conjunto de privilegios o de reglas excepcionales a favor de los consumidores; se trata, en ocasiones, de la manifestación de ciertas reglas de justicia material implícitas en un concepto adecuado de derecho privado. Frente a la pura “justicia formal” de que el acuerdo es justo por ser acuerdo, que ha dado lugar a tantos abusos y discusiones, el “derecho del consumo” devolvió al escenario la idea de que el acuerdo es justo si es verdadero acuerdo (informado) libre (lo cual se mostrará si no resulta contrario a la buena fe objetiva, pues no es normal que alguien pacte algo que le perjudique de forma objetiva). Lo que resultaba inadecuado era predicar estas características solo de los acuerdos con consumidores, cuando son reglas que deben concurrir en todo acuerdo y negocio, sea entre empresarios, entre consumidores, o entre empresarios y consumidores.

En esta línea de generalización se inscriben las tendencias que proponen aplicar las normas de protección de consumidores también a los pequeños empresarios que, pese a su condición de empresarios, se encuentran igualmente en posición de desigualdad –económica e informativa– respecto de otros empresarios de mayor poder. Así, por ejemplo, el concepto legal de “cláusula abusiva”, relativo a condiciones generales de la contratación, que exige que el contenido contractual no perjudique de forma grave al consumidor contra la buena fe objetiva (art. 82 LGDCU), se aplica a veces por los tribunales también respecto de pequeños empresarios.

3.3. Normativa de protección de los intereses de consumidores y usuarios

La Unión Europea no manifestó una preocupación específica por la protección del interés de los consumidores hasta 1972, año en el que la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa aprobó la Carta Magna del consumidor, y a partir del cual se fueron estableciendo programas de actuación para definir una política de protección del interés de los consumidores. Esta protección ya venía mencionada en el Tratado Constitutivo, y actualmente se contempla en el artículo 129 TFUE.

La mayoría de las normas comunitarias sobre la materia han sido directivas, que establecen una serie de derechos mínimos para el consumidor en muy diversas materias. Un listado de las mismas sería casi interminable. La proliferación de directivas, cada una con su propio concepto de consumidor “a los efectos de esa norma” (aunque sean conceptos en muchos casos coincidentes) ha generado la necesidad de intentar una unificación o, al menos, racionalización del acervo comunitario en esta materia. De ello se encargó a un grupo de expertos, el llamado Grupo Acquis, que ha realizado una propuesta de regulación, los “Acquis Principles”, que abarca ciertas materias.

En el derecho español, en 1984 se promulgó la Ley general de defensa de consumidores y usuarios, norma que resultó muy ambiciosa para su tiempo, al intentar una regulación total de la materia, y que ha sido muy poco aplicada en la práctica. En 2007 dicha ley se refundió con otras dictadas para la protección del interés de los consumidores, dando lugar al actual texto refundido de la Ley general de defensa de consumidores y usuarios (LGDCU). Aparte de esta “Ley general”, existe una verdadera multitud de leyes específicas que regulan aspectos importantes de protección de los consumidores en los ámbitos más diversos. Normalmente, cada una de estas leyes supone la trasposición de una directiva comunitaria, y a menudo los problemas de redacción o de técnica de tales directivas se “trasladan” a la norma española. Entre las normas más relevantes cabe destacar la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico; la Ley 22/2007, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; la Ley 43/2007, de protección de consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio; la Ley 2/2009, que regula la contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o créditos; y la Ley 16/2011, de crédito al consumo (que deroga la anterior regulación realizada por la Ley 7/1995). No hay que olvidar, en todo caso, que la normativa de institucionalización del mercado (módulo 2) también supone una defensa del interés de los consumidores, a menudo mucho más efectiva y útil que las normas sectoriales citadas.

La legislación civil y mercantil (excepto, respecto de la civil foral, para ciertas comunidades) es competencia exclusiva del Estado (art. 149.6.º y 8.º CE). Ello planteaba el problema de si las comunidades autónomas podían tener competencias en materia de consumo, que normalmente se encuadra por la doctrina dentro de los derechos civil o mercantil. La STC 71/1982, de 30 de noviembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra el Estatuto de consumidor del País Vasco, estableció que el conjunto normativo que, sin contornos precisos, tiene por objeto la protección del consumidor, tiene carácter interdisciplinario o pluridisciplinario, y por lo tanto puede que algunos aspectos de esa regulación puedan ser objeto de competencias de comunidades autónomas. Los aspectos de derecho civil, mercantil o procesal no podrían ser competencia autonómica, pero sí otros de tipo administrativo o de régimen de comercio interior. Esta doctrina fue después reiterada y precisada en diversas sentencias, que trataban recursos bien contra “estatutos del consumidor”

autonómicos, bien contra normas autonómicas que regulan la ordenación de la actividad comercial e inciden en aspectos de protección de consumidores y de regulación contractual. De acuerdo con esto, las comunidades autónomas y la Foral de Navarra han dictado normas de protección de consumidores o de ordenación del comercio interior, respetando esos imprecisos límites. Algunas comunidades tienen, en virtud de sus estatutos de autonomía o Ley de mejoramiento, competencia legislativa plena sobre la materia (que no podrá incidir en los aspectos mencionados. Es el caso del País Vasco, Galicia, Andalucía, Comunidad Valenciana, Cataluña y Comunidad Foral de Navarra); las demás, en cambio, tienen competencia de desarrollo, reglamentaria y ejecutiva de la legislación estatal.

Resumen

El derecho mercantil se ha concebido tradicionalmente como el derecho de los actos de comercio o de los comerciantes, y en la actualidad más bien como el derecho de la actividad de los empresarios o, más en general, de la actividad económica privada ejercida en el marco del mercado. En esa actividad confluyen empresarios y consumidores. Frente a él, el derecho civil sería más bien el derecho de la actividad económica entre particulares, que normalmente no se oferta en el mercado.

El derecho mercantil surgió en la edad media, como un derecho adaptado a las necesidades de los comerciantes interlocales. Para ese derecho del aún incipiente comercio resultaba absolutamente inadecuado el existente y muy arcaico derecho privado, y por eso el derecho mercantil fue, en sus inicios, un derecho creado por comerciantes, y aplicado por comerciantes (los cónsules). Con el advenimiento de la codificación, los racionalistas procedieron a elaborar dos códigos de derecho privado, el civil y el de comercio, como si fueran ámbitos distintos regidos por reglas diferentes: el derecho civil sería el derecho entre particulares, que permite los tiempos lentos y la consideración a las cualidades personales de las partes; el derecho mercantil sería el derecho del comercio o de los comerciantes, rápido y riguroso, que exige el cumplimiento a tiempo y sin excusas. Hoy en día ya no existe esa contraposición de dos formas de actuación económica, y no tiene sentido mantener una doble regulación de obligaciones y contratos civiles y mercantiles que, de hecho, no existe en el derecho de la Unión Europea ni en muchos países modernos. Pese a ello, por fuerza de la tradición en España se mantienen en asignaturas distintas las obligaciones y contratos civiles y las mercantiles.

En esa actividad económica ofertada en el mercado los sujetos que actúan son los empresarios y los consumidores. La figura del empresario ha tenido, tradicionalmente, un estatuto específico, tanto de capacidad de obrar (se exige la mayoría de edad y la libre disposición de los bienes) como organizativa (exigencia de llevanza de contabilidad, actuación con auxiliares, etc.). La empresa, ciertamente, por su propia necesidad de organización de factores de producción, precisa de una estructura jurídica compleja. El derecho establece algunas reglas específicas en cuanto a la responsabilidad del empresario (cuando es persona física y está casado, y en general porque la actividad empresarial suele ser más "arriesgada" que la de un particular, al involucrar a muchas personas y ofrecerse en el mercado). Dada la vertiente externa de la actuación, la ley exige la llevanza de una contabilidad que informe al propio empresario y a terceros acerca de la situación económica de la entidad. Y lo normal es que los empresarios se ayuden de auxiliares, dependientes o independientes, con un régimen jurídico propio.

Frente al empresario, el “consumidor” sería la persona que adquiere los bienes para un uso no empresarial ni profesional, para un uso particular. Normalmente el consumidor sufre una asimetría informativa, porque no conoce el producto o servicio tan bien como el empresario. La ley protege especialmente el interés del consumidor, bien entendiendo que es una parte contractual con una posición de debilidad estructural (postura que podríamos llamar tuitiva acerca del derecho de consumo, que confiere al consumidor una serie de derechos mínimos), bien potenciando el mercado libre y la libre competencia para poder permitir la elección libre de un consumidor bien informado (postura liberal acerca del derecho de consumo).

Ejercicios de autoevaluación

1. ¿Cuándo surgió el derecho mercantil, qué tipo de normas lo constituían en sus orígenes y quiénes lo aplicaban?
2. La Unión Europea ¿tiene competencias en materia de legislación mercantil?
3. Un marchante de arte manifiesta, convencido de ello, que bajo su opinión una obra de arte es original de un autor determinado. Una persona compra la obra, confiado en esa opinión. Luego se demuestra que la obra es una falsificación. Demandado el marchante por responsabilidad civil, asegura que es un uso del comercio que la autoría de las obras se base en las afirmaciones de buena fe de los comerciantes de arte. Ese supuesto uso ¿sería aplicable, y quién debería probarlo?
4. Un abogado ¿es un empresario a los efectos del derecho mercantil?
5. El padre de Juan era empresario, y regentaba una librería. A su muerte, hereda la librería Juan, que como no conoce el negocio, pone al frente de la misma a una experta librera, María. María se encarga de todas las decisiones respecto del negocio, y cobra por ello un sueldo y un plus en función de las ventas. Las ganancias de la librería son para Juan. ¿Qué tipo de sujeto es Juan? ¿Qué tipo de sujeto es María?
6. Un juez ¿tiene capacidad legal para ejercer el comercio? ¿Puede ejercerlo? ¿Puede ser socio de una sociedad de responsabilidad limitada?
7. Una entidad de crédito autorizada como tal en un país comunitario distinto a España ¿puede actuar en España libremente o precisa de algún requisito añadido?
8. Antonia es empresaria, y está casada con Luis en régimen de gananciales. De las obligaciones generadas por la empresa, ¿responderán los bienes gananciales? Y si Luis se hubiera opuesto a que los bienes gananciales respondan de tales deudas, ¿responderían tales bienes gananciales?
9. Pedro ha adquirido una batidora, y al utilizarla, una mala sujeción de la cuchilla hace que resulte herido en una mano. ¿Qué especialidades tendría la posible reclamación por ese daño personal?
10. A los efectos de probar que ha realizado una operación mercantil, una empresa muestra los libros contables suyos en los que figura computada tal operación. ¿Bastaría eso para dar por probada la operación?
11. Una empresa es de tamaño reducido (las partidas del activo suman 100.000 euros, la cifra anual de negocios 120.000 euros, y emplea a cuatro trabajadores). ¿Qué consecuencias tiene eso en cuanto a su contabilidad, como regla general?
12. En la auditoría de la empresa X, el auditor de cuentas emite un informe desfavorable, porque considera que las cuentas no reflejan la imagen fiel de la empresa. ¿Qué consecuencias tendrá ese informe? ¿Podría ser multada la sociedad por esta razón?
13. La empresa PROVEEDOR lleva proveyendo de mercancías a la empresa TIENDA desde hace unos años. Los pedidos, pagos y toda la relación comercial la han llevado siempre con Pedro, que es la persona que aparentemente ejerce como empresario. En el último pedido, Pedro firmó la conformidad a una factura por importe de 25.000 euros. Presentada la factura al cobro, TIENDA se niega al pago alegando que Pedro es un simple empleado de la empresa, y que su poder de actuación está limitado a aceptar, como mucho, pagos no superiores a 1.000 euros. Se aporta, en efecto, el contrato laboral de Pedro con TIENDA, en el que además consta esa limitación. ¿Tendrá que pagar TIENDA?
14. La sociedad SOCIEDAD es titular de la empresa que gira bajo el nombre comercial de PRODUCCIONES. A día de hoy, la suma del valor de cada uno de los bienes y derechos de los que es titular PRODUCCIONES es de 5.000.000 euros. La empresa está muy bien gestionada, y tiene altas expectativas de ganancia. La entidad COMPRADOR ha manifestado que quiere comprar esa empresa. ¿Podría exigir SOCIEDAD un precio superior a 5.000.000 euros, y si es así, con base en qué argumentación?

15. Un empresario ¿puede gestionar varias empresas distintas dedicadas a actividades diferentes? ¿Deberá llevar una contabilidad para cada empresa?
16. Lola y Felipe regentan un bar, y en agosto se toman vacaciones. Para obtener una ganancia y mantener el bar abierto, cada año lo alquilan durante el mes de agosto a la sociedad GESTIÓN, que les paga 4.000 euros. Este año lo han alquilado igualmente, pero finalmente en agosto no se han ido de vacaciones por problemas de salud de un familiar, y se plantean si podrían alquilar a su vez otro bar para regentarlo como arrendatarios. ¿Sería eso lícito?
17. Lucía, abogada, ha adquirido un coche que destina tanto a su trabajo profesional como al ocio y al uso familiar. En caso de que el coche tenga problemas de funcionamiento, ¿podría alegar a su favor las normas protectoras del consumidor?
18. La empresa EMPRESA, dedicada a la fabricación de zapatos, ha contratado la línea telefónica de la entidad con la empresa de telefonía TELÉFONOS. Al cabo de un tiempo descubre que, dada la complejidad del contrato, y que los gestores no tienen conocimientos de comunicación telefónica, les están tarifando por unos servicios que no habían pedido y que no eran necesarios. A la hora de reclamar, ¿lo harán como consumidores o como empresarios?

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. Surgió en los siglos X-XI, y eran costumbres creadas por los propios comerciantes que se aplicaban por jueces que eran también comerciantes (derecho de comerciantes aplicado por comerciantes).

2. La idea de crear un “mercado único” impone dotarlo de reglas uniformes en numerosos aspectos que, algunos de ellos, son mercantiles. Pero la Unión no tiene competencias en todas las materias que, clásicamente, se estudian en el derecho mercantil. Por eso algunos aspectos mercantiles sí tienen regulación comunitaria (derecho de la competencia, derecho de sociedades, protección de consumidores, etc.) y otros no (como la mayoría de los contratos entre empresarios).

3. No existe ninguna ley mercantil que regule específicamente cómo se acredita de buena fe la autoría de una obra de arte. Por eso sí sería aplicable un uso del comercio, pero solo si es “generalmente observado en la plaza” (esto es, en la localidad) en la que se realizó la manifestación (lo cual, obviamente, también incluye usos que se observen en toda España, o en toda la región). Que existe ese uso, y en esa localidad, correspondería acreditarlo a quien lo alega. De probarse, ese uso prevalecería sobre el “derecho común” (que rige en defecto de ley especial y de uso de comercio). La STS de 9 de octubre de 1981 consideró acreditado un uso de ese tipo en el sector de venta de obras de arte.

4. A efectos del Código de comercio no está claro si sería “comerciante”. No realiza un acto de comercio (el ejercicio de la abogacía o de una profesión no se contempla como acto de comercio en el Código de comercio); pero sería discutible si realiza un “acto análogo” a un acto de comercio (podríamos razonar, por ejemplo, que los actos de comercio se caracterizan por ser actividades económicas organizadas con racionalidad económica y ofrecidas al mercado). Posiblemente sería un tanto forzado pretender que existe analogía con los actos de comercio codificados (el Código está pensando en actos bastante distintos a ese).

Sí sería empresario a efectos de la Ley general de defensa de consumidores y usuarios (véase su art. 4); igualmente sería emprendedor en el sentido de la Ley de apoyo a los emprendedores, y sería operador económico a los efectos de la Ley de garantía de la unidad de mercado.

5. Juan es empresario. Aunque no adopta las decisiones empresariales de la actividad de librería (si bien la de elegir a María como la gestora sí lo es), la empresa de librería se ejerce por su cuenta. María es una “factor”, una apoderada por Juan para ocuparse de la gestión ordinaria del negocio, con un poder de gestión amplio que abarca el “giro y tráfico” de la librería.

6. Si el juez tiene libre disposición de sus bienes, sí tendría capacidad legal para ejercer el comercio. No puede ejercerlo, porque lo tiene prohibido para evitar posibles conflictos de interés. Sí puede ser socio de una sociedad mercantil, siempre que no sea socio mayoritario con más del 50% de los derechos de voto (si lo fuera, cabría entender que está ejerciendo de forma indirecta el comercio, pues controlaría de hecho la voluntad de la sociedad).

7. Sí puede actuar en España. Por el principio de libertad de establecimiento (arts. 49 y sig. TFUE), a un empresario comunitario constituido conforme a su ley nacional no se le pueden exigir más requisitos para operar en España (“principio de pasaporte comunitario”). Si no fuera empresa comunitaria, la legislación española sí podría imponer requisitos específicos.

8. Responden las resultas del comercio siempre, que son bienes gananciales. Los demás bienes gananciales, incluso aquellos obtenidos por su cónyuge, responderán también si ambos cónyuges consienten en ello; o si Luis conoce que Antonia ejerce el comercio y no se opone a ello expresamente (art. 7 CdeC). Si Luis se opone a que los bienes gananciales respondan de las deudas, sí responderían las resultas de comercio, pero no los demás gananciales.

9. La batidora sería un producto defectuoso, pues no ofrece la seguridad que cabría esperar y es peligrosa para la integridad física del usuario. El productor responde por los daños causados aunque no tenga culpa ni dolo en su causación. Sin embargo, Pedro deberá probar el daño, que el producto es inseguro, y la relación de causalidad entre esa cualidad de inseguro y el

daño. La responsabilidad afecta al productor, entendiendo por tal tanto al fabricante como al importador (art. 135 LGDCU). Incluso puede ser responsable, en ciertos casos, el proveedor.

10. No, no bastaría por sí solo. La contabilidad del empresario no tiene un valor probatorio específico, pues la elabora el propio empresario y no hay un control externo de su veracidad. Ese apunte contable podrá ser un indicio que, unido a otros, sí acredite la realidad del negocio que se afirma.

11. Al ser empresa de tamaño reducido, que cumple los parámetros del artículo 257 LSC, podrá redactar el balance en formato abreviado, con un menor detalle. Además, no será preciso formular estado de flujos de efectivo, y a partir del 1 de enero de 2016, tampoco estado de cambios en el patrimonio neto. Por último, las cuentas no se someterán, como regla general, a auditoría (art. 263.2 LSC).

12. Al ser el informe desfavorable, la jurisprudencia considera que un posible acuerdo de aprobación de las cuentas sería impugnabile, pues tales cuentas no reflejan la imagen fiel de la empresa. En cambio, la sociedad no podría ser multada por esto, o al menos no solo por esto (sí podría ser multada por infracciones de normativa contable, o por fraudes de tipo fiscal o administrativo, pero siempre que se cumplan otros requisitos, no únicamente por el informe desfavorable de auditoría).

13. En principio, Pedro es un “factor” de la empresa TIENDA, un apoderado puesto al frente del negocio por la empresa, con un amplio poder para gestionar la empresa como si fuera el propio empresario. Por eso PROVEEDOR creía, incluso, que él era el empresario. Por eso, TIENDA no puede alegar frente a PROVEEDOR una limitación al poder de Pedro, pues al ser un “factor notorio” obliga a la empresa en actuaciones propias del giro y tráfico de la entidad.

Cabría matizar la respuesta si TIENDA hubiera inscrito en el Registro Mercantil ese poder limitado que concedió a Pedro. Pese a ello, parte de la doctrina mercantilista sigue opinando que el poder del factor notorio no puede ser limitado frente a terceros ni siquiera inscribiendo tal poder en el Registro.

14. El precio se fija libremente por las partes, y por lo tanto SOCIEDAD puede exigir el precio que ella desee, superior o inferior al valor real del bien que se vende. Aparte de esto, está justificado que SOCIEDAD solicite un precio superior a 5.000.000 euros porque la empresa, como tal, al estar bien gestionada y tener buenas expectativas tiene un valor superior a la suma de los valores objetivos de sus bienes y derechos. El “fondo de comercio” supone ese mayor valor.

15. Un empresario puede gestionar varias empresas. La contabilidad, en cambio, es única del empresario, por lo que sería una contabilidad común a las varias empresas. En la práctica, si un empresario gestiona varias empresas, suele constituir una persona jurídica para cada empresa que opere como titular de la misma (como empresaria, en sentido jurídico), y así logra que para cada empresa exista una contabilidad específica.

16. Lola y Felipe han realizado un alquiler de la empresa. Para mantener el goce pacífico del arrendatario, y además para cumplir con el deber de que la clientela se mantenga fiel al nuevo empresario (a GESTIÓN), no podrían competir con esa misma actividad en el mismo territorio. Habría que ver dónde está ubicado el bar que se plantean alquilar Lola y Felipe, y ver si realmente podrían restarle la clientela al bar regentado en agosto por GESTIÓN.

17. Lucía opera en parte como consumidora, y en parte como empresaria. La jurisprudencia comunitaria establece que en estos casos no cabe alegar a su favor la normativa de protección del interés del consumidor. Lucía podría alegar que dedica el coche al uso familiar y de ocio, pero se arriesga a que el vendedor pruebe que también existe un uso profesional.

18. En principio, EMPRESA no es consumidor, pues no actúa con propósito ajeno a “su” actividad empresarial, sino justamente al revés: contrata el teléfono para la actividad empresarial.

Ahora bien, EMPRESA podría argumentar que sí se encuentra en la posición de asimetría informativa y de falta de conocimientos y experiencia en ese sector de la telefonía propio de un consumidor. Esa posición es la que, teóricamente, justifica que se dicten normas en protección del contratante que no conoce las características y las técnicas de ese sector. Por

eso podría pedir que se le apliquen esas normas del consumidor por analogía. En España, la doctrina es más bien proclive a admitir este tipo de razonamientos, pero la jurisprudencia por ahora no suele admitirlos.

Glosario

actos de comercio *m pl* Negocios y contratos recogidos en el Código de comercio, que establecen los requisitos para que a esos negocios se les aplique la normativa del Código de comercio, y no la normativa del Código civil. En principio, son negocios y contratos mercantiles con independencia de que el sujeto que los realice sea comerciante (aunque algunos de ellos sí exigen que una de las partes sea comerciante).

auditoría de cuentas *f* Verificación de las cuentas anuales a efectos de dictaminar si expresan la “imagen fiel” del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación.

consumidor *m* Persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de la Ley general de defensa de consumidores y usuarios las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

cuentas anuales *f pl* Documentos contables que deben mostrar la “imagen fiel” del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. Las cuentas anuales se integran por el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado que refleja los cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo, y la memoria.

cuentas consolidadas *f pl* Cuentas anuales que debe presentar un grupo de sociedades, consolidando los movimientos económicos entre las sociedades del grupo, y de forma independiente al deber de presentar las cuentas cada sociedad del grupo.

Derecho mercantil *m* Para la doctrina mayoritaria española actual, el derecho de los empresarios y de su actividad; para otro sector doctrinal, el derecho de la actividad económica privada realizada en el marco del mercado. Por razones históricas comprende el estudio del empresario, de las sociedades mercantiles, de los títulos-valor, de los contratos mercantiles y del derecho concursal.

empresedor de responsabilidad limitada *m* Empresario persona física que, cumpliendo ciertos requisitos, no responderá de sus deudas “empresariales” con su vivienda habitual.

empresa *f* Realidad conjunta inmaterial, que contiene en sí elementos materiales (los bienes afectos a la actividad empresarial), elementos inmateriales (derechos de los que es titular la empresa) y la actividad organizativa del empresario que les dota de coherencia y racionalidad, y confiere al conjunto unas expectativas de ganancia económica.

empresario *m* (concepto económico) Sujeto que organiza factores de producción (capital y trabajo) con arreglo a un sistema y a un cálculo económico, para ofrecer bienes o servicios en el mercado.

empresario *m* (concepto legal a efectos de la legislación de consumidores) Toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

establecimiento *m* Conjunto objetivo de bienes y derechos que constituyen la realidad física de la empresa.

factor de comercio *m* Gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario. Tiene un amplio ámbito de decisión, lo cual le convierte en un *alter ego* (otro-yo) del empresario.

fondo de comercio *m* Valor añadido que tiene el elemento organizativo del empresario, y que hace que una empresa considerada en su conjunto tenga un valor muy superior a la simple suma aritmética del valor de los bienes y derechos que la integran.

legislación mercantil *f* Conforme al artículo 149.1.6 CE, la “legislación mercantil” es competencia exclusiva del Estado, si bien en la mayoría de estatutos de autonomía se reconocen competencias que, en parte, abarcan aspectos estudiados tradicionalmente dentro del derecho mercantil.

producto defectuoso *m* Aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación; en especial,

es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie.

prohibiciones e incompatibilidades para ejercer el comercio *f pl* Supuestos en los cuales personas que, en principio, tienen la capacidad legal para ejercer el comercio, no pueden ejercerlo por razones de política legislativa y de conflicto de intereses.

usos de comercio *m pl* Reglas de actuación repetidas en el tráfico comercial que se consideran obligatorias por quienes las aplican. Son fuente del derecho, si no existe una Ley mercantil que regula esta materia, y con preferencia a la regulación de la Ley civil (de la Ley común).

Bibliografía

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 (dir.) (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*. Valencia: 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.