

# Dret mercantil

José Manuel Calavia Molinero

P02/01001/00163



# Índex

<b>Introducció</b> .....	7
<b>Objectius i abreviatures</b> .....	8
<b>1. Concepte i fonts del dret mercantil</b> .....	11
1.1. La formació històrica del dret mercantil .....	11
1.1.1. Aproximació a l'origen del dret mercantil: el <i>ius mercatorum</i> o el dret dels comerciants .....	11
1.1.2. La codificació i el dret dels actes de comerç .....	12
1.1.3. El codi de comerç de 1885 i la legislació especial .....	14
1.1.4. Aspectes més rellevants de la configuració actual del dret mercantil .....	14
1.2. Concepte i tendències del dret mercantil .....	16
1.2.1. Concepte de dret mercantil com a dret de l'empresa .....	16
1.2.2. Delimitació del dret mercantil com a dret del mercat .....	16
1.2.3. Tendències actuals del dret mercantil .....	17
1.3. Les fonts del dret mercantil .....	18
1.3.1. Estudi dels articles 2 i 50 del Codi de comerç. El problema de les fonts del dret mercantil .....	18
1.3.2. Incidència de la Constitució en la legislació mercantil .....	20
1.3.3. Integració europea i normes comunitàries de caràcter mercantil .....	21
1.3.4. Breu esment a les fonts dubtoses o discutides del dret mercantil .....	22
<b>2. L'empresa i l'empresari</b> .....	24
2.1. L'empresa i l'establiment mercantil .....	24
2.1.1. Algunes nocions bàsiques: empresari, empresa, establiment mercantil i fons de comerç .....	24
2.1.2. L'establiment mercantil. Establiment principal i sucursals .....	24
2.1.3. L'establiment mercantil com a objecte del tràfic jurídic .....	25
2.2. L'empresari .....	27
2.2.1. Del comerciant del codi de comerç a l'empresari actual .....	27
2.2.2. El concepte d'empresari .....	27
2.2.3. Classificació de l'empresari i diferenciació entre activitats econòmiques .....	28
2.2.4. Prohibicions i incompatibilitats per a l'exercici del comerç. Llibertat d'exercici d'activitats econòmiques i controls administratius .....	29

2.2.5.	Exercici d'activitats econòmiques per part de persones estrangeres. Llibertat d'establiment. Inversions estrangeres. Llibertat d'establiment i de prestació de serveis en el mercat europeu. Règim de les inversions espanyoles a l'exterior.....	30
2.2.6.	La representació de l'empresari. Els "auxiliars" de l'empresari .....	31
2.2.7.	Especialitats del règim jurídic en l'exercici d'activitat empresarial exercida per persones casades .....	32
2.2.8.	L'empresari i el risc empresarial.....	32
<b>3.</b>	<b>L'estatut de l'empresari.....</b>	<b>35</b>
3.1.	La llibertat d'empresa i els tres vessants que té: llibertat d'accés al mercat, llibertat d'exercici i llibertat de cessació.....	35
3.2.	Llibertat d'accés i d'exercici: seguretat del tràfic i publicitat legal .....	36
3.2.1.	El sistema registral mercantil espanyol.....	37
3.2.2.	Sistema organitzatiu del Registre Mercantil.....	38
3.2.3.	Els principis del Registre Mercantil.....	38
3.2.4.	La publicitat legal: la inscripció dels empresaris i dels seus actes.....	40
3.3.	L'organització comptable com a element estructural de l'activitat empresarial .....	40
3.3.1.	Funció, informació i control mitjançant la comptabilitat .....	40
3.3.2.	La comptabilitat formal: principis que la inspiren.....	41
3.3.3.	La comptabilitat material: els comptes anuals. Principis de claredat i imatge fidel.....	42
3.3.4.	Principis de comptabilitat generalment acceptats i Pla general de comptabilitat .....	43
3.3.5.	Regularització de balanços i consolidació de comptes .....	44
3.3.6.	L'auditoria de comptes anuals i la funció d'auditoria: la Llei 19/1988, de 12 de juliol, d'auditoria de comptes .....	44
3.3.7.	El secret comptable i els seus límits. Exhibició i reconeixement de la comptabilitat .....	45
<b>4.</b>	<b>L'activitat empresarial i els consumidors .....</b>	<b>46</b>
4.1.	Pressupòsits socioeconòmics i base constitucional de la protecció dels consumidors .....	46
4.2.	Legislació per a la protecció dels consumidors .....	47
4.2.1.	La Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa dels consumidors i usuaris. La legislació autonòmica .....	47
4.2.2.	Altres normes protectores dels consumidors. Especial referència a la contractació electrònica.....	50
4.3.	Tres moments de la protecció dels consumidors .....	51
4.3.1.	El dret de la competència i la repressió de l'engany.....	51
4.3.2.	Les condicions generals dels contractes.....	51

4.3.3. La responsabilitat extracontractual del fabricant. Especial atenció a la Llei 22/1994, de 6 de juliol, de responsabilitat civil pels danys causats per productes defectuosos.....	53
---	----

## **5. La protecció de l'activitat i de l'organització**

<b>empresarial</b> .....	54
5.1. Fonament i finalitat de la protecció de l'activitat i de l'organització empresarial.....	54
5.2. La protecció de les creacions industrials, de la innovació tecnològica i de la propietat intel·lectual.....	54
5.2.1. Significat i funció del sistema de patents. La Llei 11/1986, de 20 de març, de patents. Protecció internacional de les creacions industrials.....	54
5.2.2. El concepte de patent. Requisits de patentabilitat i procediment de concessió.....	55
5.2.3. El model d'utilitat. Models i dibuixos industrials i artístics. Protecció jurídica d'altres innovacions i creacions: obtencions vegetals i topografies de productes semiconductors o circuits integrats.....	56
5.2.4. El secret industrial ( <i>know how</i> ). Problemàtica de la transferència de tecnologia.....	57
5.2.5. La propietat intel·lectual i els seus aspectes mercantils. La protecció de les creacions publicitàries.....	58
5.3. La tutela dels signes distintius.....	58
5.3.1. Significat i funció dels signes distintius.....	58
5.3.2. La marca.....	60
5.3.3. Indicacions de procedència i denominacions d'origen.....	60
5.3.4. El nom comercial.....	61
5.3.5. El rètol de l'establiment.....	62
5.4. La defensa de la lliure competència.....	62
5.4.1. Significat del dret de la lliure competència. Funcions i fins.....	62
5.4.2. El dret de defensa de la competència de la Unió Europea.....	62
5.4.3. La Llei 16/1989, de 17 de juliol, de defensa de la competència.....	63
5.5. La repressió de la competència deslleial. El règim jurídic de la publicitat comercial.....	63
5.5.1. Llibertat de competència i repressió de la competència deslleial. Examen de la Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial.....	63
5.5.2. Règim jurídic de la publicitat comercial. Examen de la Llei 34/1988, d'11 de novembre, general de publicitat.....	64

<b>6. Dret concursal</b> .....	66
6.1. Introducció al dret concursal. La fallida.....	66
6.1.1. Noció, fins i examen del sistema concursal espanyol. El concepte de fallida .....	66
6.1.2. Els procediments paraconcursals. El principi de conservació i la reorganització de l'empresa. L'administració judicial d'empreses embargades .....	67
6.1.3. El tractament de la crisi per sectors: sector industrial, mercat del crèdit i mercat d'assegurances.....	67
6.1.4. Els pressupòsits de la fallida .....	68
6.1.5. Els òrgans de la fallida.....	70
6.1.6. L'empresa durant la fallida.....	70
6.1.7. La massa de la fallida (massa activa). La reintegració i la reducció de la massa. Examen de l'abast de la regla <i>par conditio creditorum</i> . La formació de la massa de creditors (massa passiva) .....	71
6.1.8. Les operacions de liquidació. El conveni de fallida. Especialitats en cas de fallida de societats.....	72
6.2. La suspensió de pagaments .....	73
6.2.1. Breu notícia del context històric d'elaboració de la Llei de suspensió de pagaments de 26 de juliol de 1922.....	73
6.2.2. La noció de no-liquiditat en el Codi de comerç. La llei especial i les nocions d'insolvència provisional i definitiva. Requisits de la suspensió de pagaments.....	74
6.2.3. Efectes de la declaració de suspensió de pagaments sobre el deutor i els creditors .....	74
6.2.4. Desenvolupament del procediment. Els interventors judicials: noció i funcions .....	75
6.2.5. El conveni.....	75
<b>Resum</b> .....	77

## Introducció

Per tal de desenvolupar aquesta segona part de l'assignatura, relativa al dret mercantil s'ha partit de dues premisses bàsiques.

D'una banda, que l'estudi que aquí es realitza és una primera aproximació a aquesta disciplina jurídica, en el marc d'una introducció al dret.

D'altra banda, que el dret mercantil és una disciplina que aglutina tot un conjunt de normes i institucions jurídiques de gran importància en la societat actual, tenint en compte que tracta de matèries vinculades a la realitat econòmica d'aquesta.

Per aquestes raons s'ha optat per fer aquesta primera aproximació al dret mercantil a partir dels elements més caracteritzadors d'aquesta matèria, per tal que més endavant es pugui aprofundir en l'estudi d'aquesta disciplina d'una manera més específica o orientada a la titulació que s'està cursant (el món de l'empresa amb independència del tipus d'activitat desplegada o el món de les activitats turístiques i dels diferents agents econòmics que les duen a terme).

En definitiva, doncs, es tracta ara d'introduir l'estudiant en el coneixement dels elements del dret mercantil i donar una visió completa de l'empresa i la seva activitat –l'activitat empresarial– i de l'empresari i el seu estatut –l'estatut de l'empresari.

L'**empresa** constitueix una categoria fonamental del dret mercantil perquè al seu voltant s'organitzen els diferents instruments pel desplegament de l'activitat empresarial i ens permet delimitar les activitats constitutives d'empresa que integren les activitats mercantils.

L'**empresari**, per la seva banda, està sotmès a un conjunt de normes especials que troben la seva justificació per la intervenció d'aquest en el mercat. Val a dir que la seva raó de ser no és altra que assegurar la racionalitat, la transparència i la responsabilitat de l'empresari en el compliment de les seves obligacions davant de tercers.

En aquest context, el mòdul que aquí es presenta constitueix, doncs, el punt de partida per a abordar amb un grau més alt d'aprofundiment i extensió la disciplina jurídica que ens ocupa.

## Objectius

El dret mercantil està format pel conjunt de normes jurídiques de l'organització i de l'activitat econòmica dels empresaris en el mercat. Per això, el nucli essencial dels elements de dret mercantil que s'examinen en aquest mòdul el constitueixen l'empresa, l'empresari i el seu estatut, i l'activitat empresarial.

Els objectius bàsics en relació amb aquests elements de dret mercantil són els següents:

1. Definir el significat jurídic de l'empresari, l'empresa i l'establiment mercantil.
2. Examinar i relacionar les normes jurídiques aplicables a l'organització i a l'activitat professional dels empresaris en el mercat.
3. Establir l'estructura de l'organització empresarial moderna per a mostrar, a manera de secció o tall vertical, la col·locació i interdependència dels diferents elements establerts pel dret mercantil per a la protecció i tutela d'aquesta organització i dels tercers que s'hi relacionen.
4. Exposar l'estatut jurídic de l'empresari, en les dues manifestacions d'empresari individual i d'empresari social (societats mercantils).
5. Establir i diferenciar quins interessos s'han de protegir en l'activitat empresarial desenvolupada en el mercat amb una referència especial a la protecció dels consumidors.
6. Analitzar la regulació de les situacions de crisi econòmica que pugui travessar l'empresari en l'exercici de l'activitat empresarial, és a dir, les institucions concursals previstes per a aquestes situacions (suspensió de pagaments i fallida).

## Abreviatures

Cco	Codi de comerç
Ce	Constitució espanyola
CE	Comunitat Europea
EPI	Estatut de la propietat industrial
LCGC	Llei sobre condicions generals de la contractació
LGDCU	Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris
LGP	Llei general de publicitat
LM	Llei de marques
LP	Llei de patents



---

<b>LPI</b>	Llei de la propietat intel·lectual
<b>MR</b>	Registre Mercantil
<b>PCT</b>	Tractat de cooperació en matèria de patents
<b>PIME</b>	Petita i Mitjana Empresa
<b>RRM</b>	Reglament del Registre Mercantil
<b>STC</b>	Sentència del Tribunal Constitucional
<b>STS</b>	Sentència del Tribunal Suprem



## 1. Concepte i fonts del dret mercantil

### 1.1. La formació històrica del dret mercantil

El dret mercantil, en tant que manifestació específica de la vida jurídica que apareix en un moment determinat i que es consolida d'una manera progressiva en el temps, es considera comunament com un producte històric. Des d'aquesta perspectiva, el seu origen se sol situar a l'inici de la baixa edat mitjana (segles XI i XII) i la seva emergència respon a la necessitat de donar solucions adequades als nous conflictes plantejats per una realitat social i econòmica en ple procés de transformació.

#### 1.1.1. Aproximació a l'origen del dret mercantil: el *ius mercatorum* o el dret dels comerciants

En efecte, el dret mercantil neix i creix per a donar resposta a les exigències derivades d'una activitat comercial incipient, que es desplega principalment en grans nuclis urbans. Es tracta d'una activitat intensa, realitzada per un grup social molt determinat: **el dels comerciants**. El creixement dels intercanvis en el mercat –que aquest desenvolupament comercial afavoreix– genera una multiplicitat de relacions jurídiques la varietat i particularitat de les quals desborda amb escreix els estrets marges del dret comú vigent –de base romana, influència germànica i inspiració canònica. Es fa imprescindible, doncs, un nou ordenament més àgil i eficaç que possibiliti la superació d'unes institucions jurídiques emmotllades als esquemes d'una societat feudal i d'una economia fonamentalment agrària.

El comerciant i la seva activitat en el mercat es presenten, des del primer moment, com a eixos vertebradors del *ius mercatorum*. Les primeres manifestacions del nou ordenament es troben en els **estatuts** dels gremis i corporacions de comerciants, que no solament recullen pràctiques i usos mercantils habituals, sinó que, a més, institueixen tribunals integrats per mercaders d'àmplia experiència i reconeguda solvència. Aquests tribunals, que conformen l'anomenada **jurisdicció consular**, tenen la funció de garantir l'observança i aplicació d'aquests usos en la resolució de les controvèrsies sorgides entre comerciants. Es tracta, doncs, d'un dret dels comerciants i per als comerciants.

S'ha de fer referència també, com a manifestació important del dret mercantil en aquesta primera fase de conformació històrica, a les normes reguladores del comerç contingudes en els **estatuts** i **ordenances** de les ciutats i ports medievals amb una activitat econòmica intensa com les del nord d'Itàlia (Gènova, Pisa, Florència, Milà, Venècia), les del sud de França (Marsella, Montpeller) i les alemanyes anomenades *hanseàtiques* (Lübeck, Hamburg, Bremen).

#### A la baixa edat mitjana...

... es va anar consolidant un grup social: els comerciants. Per a tenir seguretat en les transaccions requerien una normativa, fet que ocasionà el desenvolupament dels anomenats *drets dels comerciants* o *dret mercantil*.

#### L'emergència del dret mercantil...

... com a ordenament separat i autònom, constitueix així una manifestació més d'un procés de transformació d'un abast més ampli: el que assenyala el pas del feudalisme al capitalisme.

Al nostre país no es pot obviar la referència als gremis i corporacions de comerciants de les ciutats de Barcelona i València, nuclis comercials de primer ordre en l'època que ens ocupa. En aquest punt cal destacar, molt especialment, l'activitat dels magistrats del **Consolat de Mar** de Barcelona, tribunal amb autoritat reconeguda durant segles en tot l'àmbit de la Mediterrània. Fruit d'aquesta activitat es constitueix la compilació d'usos marítics recollida en el *Llibre del Consolat de Mar*, sens dubte la principal aportació pàtria a la construcció jurídica de l'Europa medieval.

D'aquest breu apunt històric ja es poden inferir els trets més significatius de la *lex mercatoria* en la primera etapa del seu cicle evolutiu. Tal com s'ha dit, el dret mercantil apareix com a dret especial davant del dret comú. En contrast amb el dret comú, el dret mercantil es distingeix:

- En primer terme, per tenir un caràcter marcadament **professional i corporatiu**; és a dir, per tractar-se d'un dret creat a impuls dels comerciants i per tal de reglamentar l'activitat desplegada pels comerciants.
- En segon lloc, per tenir un origen preminentment **consuetudinari**; és a dir, per ser un dret no legislat, sinó integrat fonamentalment per usos i costums del comerç, pràctiques observades d'una manera general i reiterada en el tràfic negocial de caràcter mercantil.

D'aquest doble caràcter se'n desprèn una sèrie de notes distintives que separen igualment el *ius mercatorum* del *ius commune*. Són les següents:

- Antiformalisme, que es tradueix en una flexibilitat més gran en la contractació.
- Protecció de la seguretat del tràfic, en detriment, a vegades, de la seguretat jurídica.
- Agilitat i rapidesa en la resolució de conflictes, amb òrgans propis de decisió i execució (tribunals consulars).
- Vocació d'uniformitat, tant a escala nacional com internacional, ja que si els problemes són substancialment els mateixos, les solucions hauran de ser anàlogues.

Informades per aquestes notes i característiques apareixen i es desenvolupen les primeres institucions pròpiament juridicomercantils: la lletra de canvi, la societat de comerciants, la fallida, etc.

### 1.1.2. La codificació i el dret dels actes de comerç

Una de les dades més sobresortints de la posterior evolució històrica del dret mercantil –i que culminarà en l'etapa de les grans codificacions– l'assenyala la tendència progressiva vers l'**objectivació**. Així, si bé al principi el *ius mercato-*



#### El Llibre del Consolat de Mar...

... és una àmplia recopilació d'usos i costums de dret marítim i mercantil desenvolupat a la Mediterrània. Va ser redactat probablement l'any 1317 i va tenir una àmplia difusió entre els comerciants perquè donava molta seguretat al tràfic de mercaderies.

#### Concepció subjectiva

El dret mercantil neix com un dret especial, davant del dret comú, i és d'aplicació restringida als comerciants.

*rum* neix com a dret d'aplicació restringida als comerciants, basant-se en una concepció purament subjectivista, gradualment es va produint un desplaçament i substitució d'aquest criteri subjectiu per un d'objectiu, centrat en l'activitat més que no pas en els protagonistes. El dret mercantil deixa de ser el dret dels comerciants per a convertir-se en el dret del **tràfic comercial**.

Hi ha dos factors que coadjuven de forma determinant en l'accentuació de la tendència objectivadora. D'una banda, la incessant extensió de les relacions jurídiques de caràcter mercantil, directament motivada per l'extraordinària expansió de l'activitat comercial (època del mercantilisme, comerç colonial). De l'altra, l'adveniment i consolidació de l'Estat modern, que pren consciència del relleu polític en l'activitat econòmica i de la necessitat d'ordenar-la i potenciar-la d'acord amb els interessos generals. Aquesta circumstància comporta, a més, una sensible alteració en els mecanismes de producció normativa en l'esfera mercantil. Els grans estats nacionals prenen la iniciativa i, en l'ordre de prevalença, el dret legislatiu –creat pel poder polític– desplaça progressivament el dret consuetudinari –creat per la classe mercantil. L'exemple paradigmàtic d'aquest procés són les ordenances franceses de Lluís XIV: la del comerç terrestre de 1673 i la de la marina de 1681.

La fita següent, en l'esdevenir històric del dret mercantil, la constitueix la **codificació** (segle XIX). Aquesta codificació, tributària en el camp jurídic dels ideals de la Il·lustració i de la Revolució Francesa, representa el pas definitiu en el camí de l'objectivació. Ara bé, es tracta d'un pas més aparent que no pas real. No obstant això, formalment, el dret mercantil es converteix en el dret dels **actes de comerç** –amb independència, per tant, del fet que qui els realitza sigui comerciant o no.

En aquest context, cal considerar l'especial relleu i significació del Codi de comerç francès de 1807, exponent primer i fonamental de l'obra codificadora en l'àmbit mercantil. La noció d'acte de comerç objectiu s'hi erigeix com a nucli del sistema juridicomercantil. Es tracta d'un concepte essencial, que no solament facilita la determinació de l'esfera de competència dels tribunals de comerç, sinó que possibilita també –i és important ressenyar-ho– la justificació de la mateixa existència i autonomia del dret mercantil com a ordenament separat, per raó de la matèria, del dret privat comú o civil.

Sota la influència directa del *Code* francès, i amb un criteri anàleg de delimitació de la matèria mercantil, més tard es redacten el Codi de comerç alemany de 1861 i els codis de comerç italians de 1865 i 1882.

Quant a la **codificació mercantil espanyola** cal fer referència, inexcusablement, tant al Codi de comerç de 1829 com al vigent Codi de comerç de 1885. El **Codi de comerç de 1829**, de clara inspiració francesa i obra de Sainz de Andino, recull i sintetitza en bona part la tradició jurídica nacional, representada tant per les Ordenances de Bilbao (1737) com pels antecedents medievals.

#### Concepció objectiva

El dret mercantil deixa de centrar-se exclusivament en els comerciants, per passar a ser el dret regulador de les activitats mercantils: el tràfic.

#### La codificació

La il·lustració i la idea objectiva de les coses van influir en els legisladors. En el cas francès i sota els efectes produïts per la Revolució Francesa (amb el canvi absolut d'un sistema per un altre), la codificació promulgada per Napoleó va ser una conseqüència lògica que va servir, a més, per a legitimar les situacions de fet. El Codi de comerç francès va ser promulgat el 1807.

#### El parer majoritari de la doctrina...

... es decanta per enquadrar el Codi de 1829 en una línia intermèdia i li atribueix un caràcter mixt (objectiu-subjectiu) a l'eix vertebrador de la normativa que conté.

### 1.1.3. El codi de comerç de 1885 i la legislació especial

El Codi de comerç de 1885 representa, per la seva banda, el punt culminant de l'obra codificadora del nostre dret mercantil. En l'elaboració del Codi, resultat d'un procés llarg i lent de revisió i actualització del precedent, hi predomina l'adopció d'una concepció objectiva.

Això es reflecteix almenys en l'article 2n., en què es proclama obertament la submissió al seu imperi de tots els actes de comerç "siguin comerciants o no els qui els executin". No obstant això, aquesta clara voluntat objectivadora no queda confirmada després en la resta de l'articulat; ben al contrari. Així, cal apuntar que, en la majoria dels preceptes dedicats a la regulació dels diversos contractes, s'exigeix, com a requisit indispensable per a considerar-los mercantils, la participació d'un comerciant.

Es reproduïx, doncs, el binomi comerciant-acte de comerç com a criteri mixt de determinació de la matèria subjecta a regulació en el Codi de comerç.

Pel que fa a la sistemàtica interna, el Codi es divideix en quatre grans llibres, que s'estructuren en títols i seccions i despleguen un total de 955 articles:

- Llibre I, dels comerciants i del comerç en general.
- Llibre II, dels contractes especials del comerç.
- Llibre III, del comerç marítim.
- Llibre IV, de les suspensions de pagaments, de les fallides i de les prescripcions.

En l'actualitat no obstant, podem dir que el contingut del Codi presenta un caràcter fragmentari (sols segueixen amb contingut 757 articles) i els aspectes més rellevants són els que fan referència a la publicitat i comptabilitat dels empresaris, algunes formes contractuals i la disciplina de la fallida, si bé aquest últim punt pot ser modificat en un futur proper.

Aquesta situació és fruit del que anomenem **buidament del contingut del Codi de comerç**, i que es plasma amb la contínua aprovació de lleis mercantils especials que regulen, al marge del Codi, d'una banda, institucions anteriorment previstes en aquest i, de l'altra, noves figures que s'enquadren en aquesta disciplina i que són fruit de la transformació constant que experimenta la realitat social i econòmica que ens envolta.

### 1.1.4. Aspectes més rellevants de la configuració actual del dret mercantil

Des del final del segle XIX, el dret mercantil està immers en un intens procés de transformació. Es tracta d'un procés complex i amb nombroses implicacions, però que respon, en substància, als importants canvis polítics, socials i econòmics esdevinguts en els darrers cent anys.

#### El Codi de comerç espanyol

Obra de Sainz de Andino, va ser considerat en la seva època com el codi més ben elaborat. Els principis que el regien eren:

- concepció objectiva del dret mercantil (dret de les coses),
- substantivitat pròpia del dret mercantil (és diferent del dret civil) i la configuració obligacionista del dret.

Va inspirar tots els codis sud-americans (o el van copiar íntegrament).

A grans trets hi ha dos factors que determinen de manera directa les mutacions experimentades per aquest sector de l'ordenament jurídic.

a) El primer, **d'ordre socioeconòmic**, l'assenyala el pas que es produeix –un cop consolidada i estesa la Revolució Industrial– d'un capitalisme de caràcter comercial a un capitalisme netament industrial i financer amb tendència vers el monopoli i la concentració. Emergeixen les grans empreses i es massifica la producció. Les conseqüències immediates són les següents:

- El comerciant esdevé empresari i l'empresa es converteix en el nou punt de referència de la legislació mercantil.
- L'acte de comerç es generalitza i perd tota significació distintiva d'una determinada forma d'activitat.

Les derivacions d'aquesta transformació són, entre d'altres, les que es consignen tot seguit:

- El retorn a una **concepció subjectivista i professional** del dret mercantil. En efecte, col·locats empresari i empresa en el centre de gravetat del sistema i palesada la insuficiència de la teoria dels actes de comerç objectius, el criteri d'ordenament de la matèria mercantil torna a revestir un caràcter marcadament subjectiu.
- La **mercantilització de les relacions privades**. La realització d'actes de comerç en massa per part de les grans empreses determina una contínua extensió i expansió del camp d'aplicació de les normes mercantils, que perden així bona part del caràcter especial que inicialment les distingia.
- La **generalització dels principis** rectors i de les **formes** pròpies del dret **mercantil** en d'altres sectors i especialment en l'àmbit de la contractació, de manera que se sobreposen als principis i formes civils, i els desplacen. Es comencen a formular propostes d'unificació del dret privat de caràcter patrimonial.

b) El segon factor, **d'ordre sociopolític**, el constitueix la transformació de l'estat liberal en estat intervencionista, transformació que es reflecteix tant en l'esfera econòmica com en la jurídica; en la primera, perquè l'Estat abandona l'actitud inhibicionista, pren directament la iniciativa i participa activament en el desenvolupament del procés econòmic (empreses públiques); en la segona, per l'adopció d'una política normativa que accentua el sentit social de les institucions jurídiques, i que és reforçat pel caràcter prevalentment imperatiu de la disciplina.

Indubtablement aquest conjunt d'elements altera d'antuvi de manera significativa la fesomia liberal i individualista del dret mercantil. I és una alteració que repercuteix i es deixa sentir amb força, en la concepció del dret mercantil contemporani.

#### El comerç canvia

El model capitalista, sense intervenció pública, ha deixat pas a un sistema intervencionista que procura modelar i regular el mercat de manera que assegurí el compliment de les regles entre les parts que comercien.

## 1.2. Concepte i tendències del dret mercantil

### 1.2.1. Concepte de dret mercantil com a dret de l'empresa

Com s'ha mostrat en els apartats anteriors, l'evolució mateixa del dret mercantil en el temps, amb oscil·lacions i vicissituds, ha anat prefigurant de forma progressiva el contingut i abast del seu concepte, de la manera següent:

- en un primer estadi, el *ius mercatorum* sorgeix com a **dret creat pels comerciants i per als comerciants**. És un dret **especial** –davant el *ius commune*– i **de classe** –d'aplicació restringida a una determinada categoria de subjectes.
- Més endavant es perfila com el **dret del tràfic i de l'activitat comercial** i s'inicia un procés d'objectivació que assolirà el cim més alt en l'època de la codificació, amb la conceptualització del dret mercantil com el **dret dels actes de comerç** –en sentit objectiu, això és, independentment que siguin comerciants o no els qui els realitzin.
- Després de l'etapa codificadora, les profundes transformacions experimentades en els camps polític, social i econòmic condueixen inevitablement a la modificació del concepte de dret mercantil. La teoria de l'empresa i la correlativa concepció del dret mercantil com a dret de l'empresa emergeix amb força.

Des d'aquesta perspectiva –plenament vigent–, el *dret mercantil* es defineix com aquell conjunt de normes que tenen per objecte la regulació dels empresaris i de l'activitat constitutiva d'empresa. Dit d'una altra manera, és el dret ordenador de l'activitat que els empresaris despleguen en el mercat de manera organitzada i professional.

#### El dret mercantil definit com a dret de l'empresa...

... és el dret que ordena l'activitat empresarial que l'empresari desplega en el mercat de manera organitzada i professional.

Configurat així el concepte, l'articulació del contingut normatiu del dret mercantil, com a sector de l'ordenament jurídic, gira entorn de tres nocions fonamentals, a saber:

- a) La d'**empresari**, sia mercantil o industrial, sia individual o social.
- b) La d'**activitat empresarial**, en tant que activitat que l'empresari desplega professionalment i organitzadament, destinada a la producció i/o distribució de béns i serveis en el mercat.
- c) La d'**establiment mercantil**, com a base física integrada per un conjunt arranjat de béns i serveis que possibiliten el desenvolupament efectiu de l'activitat constitutiva d'empresa.

### 1.2.2. Delimitació del dret mercantil com a dret del mercat

Més recentment, en un intent de superació de la teoria de l'empresa –la qual no està exempta de crítica en certs aspectes importants– s'ha assajat una nova refor-



mulació del concepte de dret mercantil, aquesta vegada a partir dels postulats constitucionals i, de manera molt particular, sobre la base de la **llibertat d'empresa** consagrada en l'article 38 de la nostra Constitució. Això ha estat justament el que ha donat lloc a l'anomenada *constitucionalització* del discurs jurídic-mercantil.

En aquesta nova aproximació, la llibertat d'empresa –que es reconeix en el **marc d'una economia de mercat**– es té en compte en el triple àmbit de projecció, és a dir, com a llibertat d'accés, com a llibertat d'exercici i, finalment, com a llibertat de cessació en l'activitat empresarial.

Des d'aquesta òptica, el dret mercantil esdevé el dret del mercat; més precisament, el dret regulador de les condicions d'accés, d'exercici i de cessació en l'activitat empresarial en el mercat.

### 1.2.3. Tendències actuals del dret mercantil

Actualment es percep amb facilitat la **continuitat del procés d'expansió** del camp d'aplicació de les normes mercantils. En efecte, de manera progressiva, el dret mercantil, com a ordenament privat de l'activitat empresarial desplegada en el mercat, va donant cobertura jurídica a nous sectors de l'activitat econòmica. Amb vista al futur no és previsible que aquesta vocació expansiva s'aturi, de manera que, segurament, la regulació mercantil s'estendrà a tota activitat constitutiva d'empresa.

De manera similar, és visible també l'**orientació socialitzadora** en l'ordenament de les institucions juridicomercantils. Aquest fenomen, que es materialitza –com ja hem vist– mitjançant l'establiment de normes de caràcter imperatiu, s'acusa de manera especial en el terreny de les societats mercantils, com també en determinats camps d'activitat (bancària, borsària, d'assegurances, transports). La justificació última d'aquest plantejament –que comporta restriccions notables en les facultats dominicals i en el marge d'actuació de l'autonomia privada– rau en la necessitat de garantir la tutela de determinats interessos especialment considerats per l'ordenament. Així passa amb la protecció del mercat, de l'interès social o de l'interès dels consumidors i usuaris, per citar-ne tan sols uns quants exemples. És molt probable que aquesta tendència perduri en el temps i que s'accentui amb relació a determinades institucions i sectors d'activitat, com ara el turístic.

En contrast amb això, en l'àmbit de la contractació mercantil internacional s'enregistra una notable vigorització del principi liberal de l'autonomia privada de la voluntat. El reconeixement universal d'aquest principi ha contribuït de manera decisiva a la formació d'un dret mercantil uniforme a escala internacional. Es tracta, en substància, d'un conjunt de regles creat a impuls de les exigències i necessitats de les empreses especialment dedicades al comerç in-

#### En sentit ampli, el dret mercantil comprèn...

... l'ordenament d'un conjunt extens de matèries, integrades sistemàticament en els sectors o subordinaments que esmentem a continuació:

- Estatut jurídic de l'empresari
- Dret de la competència
- Dret de la propietat industrial
- Dret de societats
- Dret concursal
- Dret dels títolsvalor
- Dret del mercat del crèdit
- Dret del mercat de valors
- Dret de les assegurances privades
- Dret del comerç
- Dret de la navegació marítima i aèria

#### El dret mercantil definit com a dret del mercat...

... constitueix el dret regulador de les condicions d'accés, exercici i cessació de l'activitat empresarial en el mercat.

ternacional. Conseqüentment, aquest és un dret de naturalesa essencialment dinàmica, que es basa –com en els orígens– en els esquemes contractuals i en els usos i pràctiques generalitzats en l'àmbit de les relacions mercantils de caràcter supranacional. Per aquest motiu n'hi ha que parlen de l'adveniment d'una nova *lex mercatoria*.

A part de les iniciatives uniformadores promogudes pels estats, que han donat lloc a importants convenis internacionals en la matèria, hi ha diversos organismes internacionals de caràcter privat (Camba de Comerç Internacional) i intergovernamental (UNIDROIT) la tasca fonamental dels quals va orientada també a la fixació d'un marc normatiu estable i segur en l'àmbit de la contractació internacional. Per tal de coordinar aquest conjunt d'esforços, s'ha creat, a més, l'UNCITRAL, comissió específica de les Nacions Unides per a la unificació del dret mercantil internacional. En definitiva, tendència uniformadora d'importància creixent en l'ordre juridicomercantil –i paral·lela, en el desenvolupament, al procés incessant d'internacionalització que caracteritza el tràfic comercial en els nostres dies.

### 1.3. Les fonts del dret mercantil

En sentit ampli, parlar de l'evolució del dret mercantil és parlar també de l'evolució del seu sistema de fonts, tant materialment com formalment. En aquest apartat s'efectua una aproximació als fenòmens que, successivament i de manera més acusada, han determinat i han condicionat el desenvolupament del quadre de fonts del dret mercantil després de la seva fixació inicial en el Codi de comerç de 1885.

#### 1.3.1. Estudi dels articles 2 i 50 del Codi de comerç. El problema de les fonts del dret mercantil

De l'article segon del Codi de comerç, es desprèn, en termes generals, que les formes bàsiques de manifestació externa del dret mercantil són la llei i els usos de comerç. El precepte no solament relaciona les fonts **indiscutides** del dret mercantil –en el sentit formal del terme–, sinó que alhora n'estableix l'ordre jeràrquic, és a dir, l'ordre de prioritat en l'aplicació.

En virtut d'això, el règim de fonts en l'àmbit mercantil es caracteritza per:

##### a) La primacia de la llei.

A partir de la codificació, l'ús de comerç queda relegat a una posició secundària i perd el relleu originari com a manifestació del dret mercantil. El **Codi de comerç** passa a ser la llei mercantil fonamental, d'aplicació preferent i general. En el mateix nivell jeràrquic queda situada la **legislació mercantil de caràcter especial**, entesa en el sentit més ampli; és a dir, com tot aquell conjunt de normes i disposicions que complementen el Codi de comerç. En efecte, el legislador mercantil, davant la necessitat d'adaptar les normes del Codi a les exigències d'una realitat econòmica en procés de transformació constant, tenia una doble possibilitat: sia actualitzar l'ordenació tradicional de les institucions mercantils reformant directament el Codi, introduint-hi les modificacions pertinents, sia dictar noves lleis regulant de manera específica i completa aquestes institucions,

#### En l'àmbit jurídic l'expressió fonts del dret...

... té una doble significació fonamental:

- en sentit material, serveix per a designar les instàncies amb potestat normativa pròpia, és a dir, els poders amb capacitat per a crear normes vinculants (estat, certs grups socials, etc.);
- en sentit formal, permet distingir els diversos models o mitjans pels quals aquesta potestat normativa s'exterioritza i es manifesta (llei, costum, etc.).

#### Art. 2. Cco

Els actes de comerç, siguin comerciants o no els qui els executin, i es trobin especificats o no en aquest Codi, es regiran per les disposicions contingudes en aquest Codi; si no n'hi ha, pels usos del comerç observats generalment a cada plaça; i a manca d'ambdues regles, per les del dret comú.

mantenint-les separades del text del Codi. Aquesta última ha estat l'opció que s'ha seguit durant molt de temps i configura l'anomenada **legislació mercantil especial o complementària**, de volum ingent. Aquest conjunt normatiu –en què cal incloure també les normes destinades a la regulació de matèries i realitats mercantils absolutament desconegudes pel Codi de 1885– aplega, doncs, el seguit de normes legals i reglamentàries que s'han dictat de forma progressiva en el temps per tal d'anar adaptant les previsions normatives del Codi a una realitat social i econòmica en contínua transformació, com a exemple podem parlar de la llei de societats anònimes, la llei de societats limitades o el Reglament del Registre Mercantil.

b) **L'entrada en joc dels usos de comerç**, per manca de llei mercantil aplicable al cas.

L'ús de comerç és el costum mercantil. Es defineix com a tal tota pràctica observada de manera reiterada i constant pels comerciants en el tràfic mercantil –principalment en el desenvolupament de la seva activitat negocial. Es tracta, en efecte, d'una pràctica o conducta observada generalment i uniformement, cosa que hi confereix un caràcter objectiu, però amb la convicció d'obrar conforme a dret (*opinio iuris*). Això és precisament el que qualifica l'ús com a norma jurídica i el dota d'eficàcia vinculant.

Quant a les classes, els usos s'agrupen i es distingeixen basant-se en diversos criteris:

- Depenent de la matèria regulada, es parla d'usos comuns i especials.
- Considerant l'àmbit de vigència en l'espai, es diferencia entre usos internacionals, generals, regionals, locals i, com fa el Codi mateix, de plaça, i
- atenent a la funció que despleguen com a normes jurídiques, es distingeix entre usos interpretatius i usos integradors (sia del contingut d'un contracte, sia de la llei).

c) **L'aplicació supletòria de les regles del dret comú** en darrer terme, en absència de llei i ús.

Aquesta remissió, que opera com a clàusula de tancament del sistema de fonts, constitueix una derivació lògica de la consideració històrica del dret mercantil com a dret especial davant del *ius commune*. En el Codi, la invocació del dret comú es fa particularment explícita en la part dedicada a la regulació dels contractes especials del comerç (llibre II). En l'actualitat, aquesta remissió s'entén referida tant a la legislació civil general com, si és el cas, a la foral.

Vist l'ordre de prioritat en l'aplicació del dret mercantil, d'acord amb l'article 2 del codi de Comerç, cal advertir, això no obstant, que d'acord amb **l'article 50 del mateix Codi** sembla que queda establert un ordenament jeràrquic diferent. Com es desprèn d'una simple lectura de l'article esmentat, **l'ús de comerç**, com a font, queda absolutament marginat.

#### El buidament del Codi de comerç

Amb aquesta expressió metafòrica s'acostuma a descriure el procés normatiu en virtut del qual s'han deixat sense contingut i han estat derogats articles, seccions i, fins i tot, títols sencers del Codi de 1885. Mitjançant lleis especials no solament s'han renovat les velles institucions del Codi, sinó que, a més, s'han regulat els nous, fenòmens del tràfic mercantil, absolutament desconeguts –per raons òbvies– a l'època de la codificació.

#### El sistema de jerarquia normativa...

... en l'àmbit mercantil comunament acceptat és el següent:

- Llei.
- Costum.
- Dret civil (entès com a dret supletori, de manera que davant d'una figura que no està regulada explícitament a la llei o recollida als costums es pot derivar cap al dret comú o dret civil com a punt de referència sobre com està regulada en aquest dret i adaptar-la, així, a l'àmbit mercantil).

#### Art. 50 Cco

Els contractes mercantils, en tot allò relatiu als requisits, modificacions, excepcions, interpretació i extinció, i a la capacitat dels contractants, es regiran, en tot el que no estigui expressament establert en aquest Codi o en lleis especials, per les regles generals del dret comú.

Aquesta incoherència sistemàtica, que determina la prevalença de les normes civils sobre els usos de comerç en l'esfera de la contractació mercantil, ha donat lloc a l'anomenat **problema de les fonts del dret mercantil**. Es tracta, emperò, d'un problema més aparent que no pas real.

La via de superació l'assenyala l'article 59 del Codi, que per la seva interpretació contractual remet directament a l'article 2n. Aquesta remissió implica, naturalment, l'aplicació dels usos de comerç –en cas que n'hi hagi– per tal de resoldre dubtes interpretatius dels contractes mercantils. I aquest recurs als usos tindrà lloc amb prioritat a l'aplicació de les regles del dret comú. Aquesta interpretació **integradora** queda ratificada per diferents articles del Codi en la part destinada a la regulació dels diversos tipus de contractes, on és freqüent la remissió expressa, com a font subsidiària, a l'**ús de cada plaça** (art. 277 i 304 del Cco). Aquesta solució del "problema" ha estat sancionada també jurisprudencialment (Sentència del Tribunal Suprem de 2 de juliol de 1973).

Es tracta, en definitiva, d'una opció interpretativa que permet recuperar l'harmonia interna del Codi i la compatibilitat sistemàtica dels articles 2n. i 50.

### 1.3.2. Incidència de la Constitució en la legislació mercantil

La promulgació de la Constitució de 1978 ha produït efectes directes sobre la totalitat de l'ordenament jurídic. En el cas concret del dret mercantil, l'impacte constitucional s'ha deixat sentir especialment en els aspectes que tot seguit s'analitzen i ha comportat canvis importants:

En primer lloc, en el **concepte de dret mercantil**. En aquest sentit, el Tribunal Constitucional, en interpretar la noció de **legislació mercantil** continguda en l'article 149.1.6, ha declarat que

l'activitat mercantil apareix disciplinada [...] en les societats com la nostra, que segueixen el model de l'economia de mercat, per un conjunt de normes en què es barregen de manera inextricable el dret públic i el privat, dins dels quals s'ha de situar, sens dubte, el dret mercantil, essent oscil·lants els criteris per a traçar els límits entre la legislació mercantil i la corresponent a altres branques del dret.

Això no obstant, la legislació mercantil comprendrà, en tot cas, el dret privat de l'activitat econòmica desenvolupada pels empresaris. (Trobareu aquesta informació en el fonament jurídic 5è. de l'STC 88/1986, d'1 de juliol.)

En segon lloc, en el quadre de **fonts formals del dret mercantil**. Des de la seva entrada en vigor, la Constitució és també la norma suprema de l'ordenament mercantil. Les disposicions fonamentals del text constitucional en matèria econòmica –això és, les que la integren– ocupen el vèrtex superior en l'ordenament jeràrquic de les fonts juridicomercantils. Postulats constitucionals com el de la llibertat d'empresa en el marc d'una economia social de mercat (art. 38) o el del reconeixement de la iniciativa pública en l'activitat econòmica (art. 128.2), entre d'altres, defineixen ara els paràmetres normatius essencials dins dels quals es

#### La Constitució espanyola ha afectat...

... l'ordenament jurídic mercantil:

- Pel que fa al mateix concepte de dret mercantil.
- Pel que fa al sistema de fonts formals i materials del dret mercantil.

desenvoluparà el procés econòmic. Aquests paràmetres delimiten el marc jurídic fonamental de la regulació privada de l'activitat empresarial en el mercat.

I en tercer lloc, en el sistema de producció de normes juridicomercantils, és a dir, en l'àmbit de les **fonts materials del dret mercantil**. En efecte, la distribució territorial del poder arbitrada per la Constitució, materialitzada per mitjà de la instauració d'un estat autònom, ha repercutit sensiblement en l'assignació de competències normatives en l'àmbit mercantil.

- En principi, i per exigències derivades de la unitat de mercat, la potestat legislativa en matèria mercantil de caràcter privat queda reservada en exclusiva a l'Estat (art. 149.1.6).
- En canvi, en matèria mercantil qualificable de caràcter públic, i en la part no considerada com a bàsica, la titularitat de la facultat normativa pot correspondre a l'Estat o a la comunitat autònoma, depenent, en cada cas, de la concreta distribució competencial constitucionalment i estatutàriament efectuada amb relació a aquesta matèria.

### 1.3.3. Integració europea i normes comunitàries de caràcter mercantil


Un dels efectes fonamentals de la nostra integració a la Unió Europea l'any 1985 ha estat l'assumpció i incorporació a l'ordenament intern del cabal normatiu comunitari. Un cabal del qual formen part,

- en primer terme, el dret comunitari **originari**: és a dir, el dret integrat pels tractats constitutius de la Comunitat Econòmica Europea (1957), la posterior Acta Única Europea (1986) i el més recent Tractat de la Unió Europea (1992);
- i, en segon terme, el dret comunitari **derivat**: és a dir, el dret emanat dels òrgans comunitaris amb potestat normativa.

#### Dret comunitari

- Originari
- Derivat
- Directament aplicable: reglament.
- Necessita un acte d'incorporació al nostre ordenament jurídic: directiva.

La normativa comunitària europea **derivada** s'exterioritza primordialment per mitjà de dos instruments particulars: els reglaments i les directives. Ambdós constitueixen fonts formals del nostre dret mercantil actual. S'han d'assenyalar, no obstant això, unes quantes diferències. Així, el **reglament** té abast general i eficàcia directa; consegüentment, és obligatori en tots els seus elements i directament aplicable en tots els estats membres. La **directiva**, en canvi, fixa objectius i obliga l'estat destinatari quant a la consecució, però deixa a criteri de les autoritats nacionals l'elecció de les formes i dels mitjans per a assolir-los. La directiva és el mecanisme emprat en l'àmbit comunitari per a l'adaptació i harmonització de les legislacions dels estats membres.

El punt de referència inicial, en la construcció **jurídica** del mercat europeu, l'assenyalen les llibertats comunitàries bàsiques (llibertat d'establiment i llibertat de circulació de persones, béns, serveis i capitals). Desenvolupant aquestes llibertats i establint les regles bàsiques del joc econòmic en l'espai comunitari, s'han dictat nombroses directives i nombrosos reglaments de contingut essencialment mercantil. Seguint la concepció del dret mercantil com a dret del mercat, que hem apuntat abans, es podrien distingir les normes comunitàries destinades a la regulació de l'accés al mercat (p. ex., directives en matèria de societats mercantils), les normes reguladores de la permanència en el mercat i de l'exercici d'activitats empresarials (p. ex., la legislació antimonopoli derivada dels articles 85 i 86 del Tractat de Roma o la normativa establerta en matèria de protecció dels consumidors i usuaris, responsabilitat dels fabricants, publicitat, etc.) i, finalment, les normes dedicades a la cessació en l'activitat i a la –quasi sempre problemàtica– sortida del mercat. 

Per acabar, cal considerar igualment important l'ordenament comunitari del mercat financer, entès en el sentit més ampli. En aquest context destaquen especialment les directives orientades vers l'harmonització jurídica dels sectors bancari, borsari i d'assegurances, i també la reglamentació liberalitzadora dels moviments de capitals.

#### 1.3.4. Breu esment a les fonts dubtoses o discutides del dret mercantil

En aquest grup s'inclouen, habitualment, tant la jurisprudència del Tribunal Suprem com les condicions generals dels contractes.

Ja hem esmentat que la **jurisprudència**, si bé complementa l'ordenament jurídic, no és pròpiament una font del dret. Tanmateix, és innegable que, com a doctrina uniforme establerta pel Tribunal Suprem en interpretar i aplicar les normes mercantils, té un valor indicatiu essencial. En aquest sentit podem concloure que la jurisprudència de l'Alt Tribunal, formada per mitjà de l'aplicació reiterada d'uns mateixos criteris interpretatius en la resolució de controvèrsies mercantils, gaudeix, sens dubte, d'una autoritat exemplar de primer ordre.

Pel que fa a les **condicions generals dels contractes**, no es pot afirmar, en termes generals, que siguin veritable font del dret. No obstant això, a vegades la generalització i extensió de la seva aplicació en determinats àmbits contractuals, juntament amb la seva difícil alterabilitat a la pràctica, les fan apropar substancialment a la categoria de normes de dret objectiu –apropament o assimilació que assoleix la màxima expressió quan aquestes condicions generals són aprovades prèviament per una autoritat pública amb potestat normativa.

Les condicions generals de la contractació constitueixen una manifestació genuïna del tràfic negocial de caràcter massiu, protagonitzat per les grans



#### La Unió Europea...

... va néixer com a comunitat econòmica, com a sistema per a crear un mercat lliure per a uns estats associats; posteriorment s'ha anat desenvolupant fins a arribar a la idea d'estats confederats, d'una comunitat d'estats amb una interrelació no solament econòmica, sinó també fins i tot política, raó per la qual i malgrat la seva evolució, la legislació mercantil ha tingut, té i tindrà una gran importància.

#### La jurisprudència i les condicions generals...

... dels contractes no són pròpiament font del dret, si bé complementen l'ordenament jurídic mercantil.

empreses i de la peculiar activitat de determinats sectors (banca, assegurances, transport, etc.). En aquest context faciliten considerablement la contractació, s'agiliten les negociacions i es redueixen els costos de transacció. Això suposa que les condicions generals de la contractació es poden donar tant en les relacions entre empresaris, com en les d'aquests amb consumidors.

Però la proliferació d'aquests tipus de clausulats o condicionats generals ha afavorit la consolidació d'una nova categoria negocial: els **contractes d'adhesió**. Contractes el principal tret característic dels quals rau precisament en la forta restricció que comporten en l'autonomia privada de la voluntat de la part contractant més dèbil, és a dir, del consumidor o usuari.

Aquest fet ha donat lloc a determinades reaccions normatives en un intent de limitar els perills potencials de les condicions generals –normalment imposades de manera unilateral– i de mitigar la desigualtat material existent entre les parts en el moment de la contractació. Per a protegir la igualtat de tots els contractants, el legislador ha aprovat la Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació, que exigeix que les condicions generals formin part del contracte, siguin conegudes, es redactin amb claredat i concreció, i a més, quan es contracti amb un consumidor, no siguin abusives.

## 2. L'empresa i l'empresari

### 2.1. L'empresa i l'establiment mercantil

#### 2.1.1. Algunes nocions bàsiques: empresari, empresa, establiment mercantil i fons de comerç

L'**empresari** és la persona física o jurídica que per si mateixa o per mitjà de delegats exercita i desenvolupa en nom propi una activitat constitutiva d'empresa en el mercat, i adquireix la titularitat de les obligacions o drets nascuts d'aquesta activitat. Aquest concepte jurídic d'empresari difereix del concepte econòmic, que l'identifica amb la persona que directament i per si mateixa associa, combina i coordina els diferents sectors de la producció, i s'hi interposa per ajustar el procés productiu al pla previst anticipadament.

L'**empresa** és l'exercici professional d'una activitat econòmica planificada amb la finalitat d'intervenir en el mercat de béns o serveis.

L'**establiment mercantil** és un conjunt de béns i serveis organitzat i dispost per a ser l'instrument de l'activitat empresarial. Així, l'empresa és un mode d'activitat econòmica i l'establiment és l'instrument al servei d'aquesta activitat.

Finalment, el fons de comerç és un element de l'actiu de l'empresa constituït bàsicament per la clientela i les expectatives de l'empresa. La clientela és el conjunt de persones que mantenen relacions contínues amb l'empresa per a la demanda de béns i serveis, i es caracteritza per la participació habitual en les vendes o en els subministraments de l'empresa. La clientela es pot transmetre per mitjà de la transmissió de la mateixa empresa o de certs elements de l'empresa a la qual està subjecta la clientela. En un sentit econòmic, l'expectativa és la previsió d'obtenció de beneficis en el futur per la confluència de diferents factors en l'empresa, com, per exemple, les qualitats de l'empresari i els seus col·laboradors, la favorable conjuntura de vendes, la capacitat organitzativa de l'empresa i l'ampliació de mercats. Tot això determina la major certesa de venda dels productes o subministraments de les empreses. Aquestes expectatives no es poden transmetre de manera directa, sinó mitjançant altres elements.

#### 2.1.2. L'establiment mercantil. Establiment principal i sucursals

En general, l'establiment mercantil acostuma a agrupar i coordinar béns mobles i immobles, corporals i incorporals, consumibles i no consumibles, drets reals i de



crèdit, de propietat industrial i comercial, i els serveis del personal que hi presta el seu treball a les ordres de l'empresari. Aquests elements integrants de l'establiment, units i coordinats per a satisfer una finalitat comuna, no perden per això l'autonomia i es poden separar de l'establiment a voluntat de l'empresari per a ser substituïts per altres o no, segons les exigències de l'empresa que serveixen.

Des del pla econòmic, l'establiment apareix com una organització de capital i treball per a l'exercici d'una activitat productora o d'intercanvi.

L'empresari pot utilitzar diversos establiments per a l'exercici de la seva empresa, que poden estar ubicats en diferents llocs geogràfics o en una mateixa població. En aquests casos es parla d'**establiment principal** per a designar el del domicili de l'empresari, i respecte als altres establiments, la llei utilitza la denominació de **sucursals**. Jurídicament no hi ha diferències entre els uns i els altres, tots tenen la consideració d'establiment, sigui quina sigui la seva importància econòmica.

### **2.1.3. L'establiment mercantil com a objecte del tràfic jurídic**

L'establiment, en general, constitueix un bé diferent dels elements que el componen i és susceptible de ser objecte de negocis jurídics unitaris. En conseqüència, l'establiment pot ser objecte d'actes dispositius (compravenda) i es pot arrendar, constituït en garantia real (hipoteca) o en usdefruit, etc.

#### **a) La compravenda de l'establiment mercantil**

La compravenda està sotmesa a les normes generals del Codi de comerç i a les supletòries del Codi civil. Per a la validesa del contracte, n'hi ha prou amb el consentiment de les parts encara que això no eximeix del fet que, en la transmissió dels béns singulars que formen part de l'establiment, s'hagin de respectar aquelles formes que la llei estableixi respecte a la transmissió de cada un dels béns. L'objecte de la venda és l'establiment com a conjunt orgànic de béns, i el lliurament de l'establiment implicarà, evidentment, el dels elements singulars que materialment l'integren.

El venedor, a més d'estar obligat a lliurar o posar a disposició del comprador els diferents elements integrants de l'establiment, també està obligat a situar l'adquirent en condicions d'utilitzar i explotar aquesta organització. El venedor té el deure d'informar lleialment el comprador sobre l'organització interna i les seves possibilitats d'actuació en el mercat i s'ha d'abstenir d'organitzar actes que pertorbin o impedeixin la demanda dels clients davant la nova empresa. Així, sobre el venedor pesa una obligació de no-competència per a no destruir l'organització de la clientela.

D'altra banda, el venedor està sotmès a l'obligació de sanejament per evicció i per vicis ocults. La venda de l'establiment no implica la transmissió dels deutes i crèdits del cedent. Per a això caldrà observar les regles generals que preveu la llei. Tampoc no se subroga el comprador en les relacions contractuals del venedor tret dels contractes laborals per als quals la llei imposa una subrogació automàtica.

### **b) L'arrendament d'establiment**

Mitjançant l'arrendament d'establiment, l'empresari cedeix a una persona l'ús o explotació de l'establiment per temps determinat i preu cert. Hi haurà arrendament d'establiment quan concorrin les circumstàncies següents: quan l'objecte arrendat sigui un local i el negoci o indústria que s'hi ha establert constitueixi una unitat patrimonial dotada de vida pròpia i quan la finalitat de l'arrendament sigui que l'arrendatari pugui continuar l'explotació de la mateixa activitat econòmica que realitzava l'arrendador.

Si en tot arrendament és essencial que l'arrendador lliuri a l'arrendatari el gaudi pacífic de la cosa arrendada i el mantingui en aquest gaudi, en l'establiment mercantil les exigències de la bona fe obliguen l'arrendador a abstenir-se de fer la competència a l'arrendatari sempre que no es pacti el contrari. Per la seva banda, l'arrendatari estarà obligat a explotar l'establiment mercantil d'acord amb la seva destinació econòmica i procurarà mantenir la seva capacitat productiva normal i que les marques de fàbrica i altres signes distintius de l'establiment no desmereixin per falta d'ús. Finalment, haurà de restituir l'establiment quan finalitzi l'arrendament, conservant-ne l'actitud per a l'activitat a la qual està destinat.

### **c) L'usdefruit**

Com que l'empresa no és una cosa susceptible de suportar unitàriament drets reals, l'usdefruit d'empresa serà únic en el moment de constituir-la i es descompondran en relacions d'usdefruit totes les coses o béns que componguin l'empresa. Aquest usdefruit comprendrà, per tant, un usdefruit propi (respecte a immobles), un usdefruit sobre coses consumibles, un usdefruit de disposició (sobre coses que s'han d'alienar) i un usdefruit de drets. L'usdefruit d'empresa pot ser legal i convencional. En aquest últim cas es podrà constituir per contracte (onerós o gratuït) i per testament.

### **d) La successió de l'empresari individual**

Quan mor el titular d'una empresa, si és un empresari mercantil individual, es corren dos riscos: que es paralitzi la seva administració i funcionament, i que es dissolgui, es liquidi o es disgregui l'empresa en atribuir-ne les diferents parts integrants a una pluralitat de successors. La continuïtat de l'administració es pot aconseguir de diverses maneres, bé perquè l'empresari hagi nomenat un gerent o bé perquè hi hagi un hereu que es pugui fer càrrec de la gestió i ad-

ministració. Si hi hagués uns quants hereus, es formaria una comunitat hereditària que, en cas que subsistís, faria sorgir entre els hereus una relació de societat tàcita i irregular sense personalitat jurídica, tret que formalitzessin l'aportació dels drets hereditaris a una societat mitjançant escriptura pública i inscrita en el Registre Mercantil.

## 2.2. L'empresari

### 2.2.1. Del comerciant del codi de comerç a l'empresari actual

L'empresari és la persona física o jurídica que exerceix en nom propi (per si mateix o per mitjà de representant) una activitat constitutiva d'empresa.

En la tècnica juridicomercantil moderna aquest concepte té una significació equivalent a la de comerciant en la tècnica del Codi de comerç. L'empresari d'avui és el comerciant d'ahir. Quan el Codi (art. 1) declara comerciant la persona "que, tenint capacitat legal per a exercir el comerç, s'hi dedica habitualment", ja deixa traslluir la figura de l'empresari, perquè en l'exercici habitual del comerç, peculiar del comerciant de tots els temps, sempre hi ha hagut en potència el desenvolupament professional d'una activitat econòmica, organitzada per a servir necessitats del mercat.

En un primer estadi, l'activitat mercantil organitzada estava a les mans d'**empresaris individuals**, però a mesura que l'economia es va racionalitzar i es va ampliar progressivament en l'àmbit espacial d'aquesta activitat, les forces aïllades d'aquests empresaris resultaven impotents per a conjugar i moure el conjunt dels elements que requeria l'explotació d'una empresa. Llavors es va iniciar un fenomen d'associació de forces individuals que va fer néixer les **societats mercantils**, de manera que va permetre repartir entre la pluralitat de persones el capital, el risc i l'activitat necessària per a la bona marxa dels establiments.

En els darrers temps s'ha potenciat, a més, fenòmens de cooperació interempresarial. El desenvolupament d'una activitat econòmica s'ha organitzat tradicionalment mitjançant l'empresa. No obstant això, també és possible desenvolupar la producció i distribució de béns i serveis en el mercat, en cooperació amb d'altres, cosa que permet lògicament promoure i facilitar el desenvolupament d'altres empreses. La cooperació interempresarial té lloc perquè possibilita maximitzar el benefici de les empreses, pel fet que des d'un punt de vista econòmic els costos relatius d'organització de l'empresa superen els de transacció del mercat.


### 2.2.2. El concepte d'empresari

Per a ser comerciant, a més d'assumir el risc de la producció de béns i serveis com tot empresari, s'han de complir els requisits que es desprenen dels articles

#### Societat mercantil

Associació voluntària de persones que creen un fons patrimonial comú per col·laborar en l'explotació d'una empresa amb ànim d'obtenir un benefici individual i que participen en el repartiment dels guanys que se n'obtenen.

3, 4 i 5 del Cco, que són: tenir capacitat legal, exercir el comerç habitualment i exercir-lo en nom propi.

- La **capacitat legal** per a l'exercici del comerç, segons l'article 4, consisteix a ser major d'edat (haver fet 18 anys) i tenir la lliure disposició dels béns, és a dir, no estar incapacitat ni ser fallit o concursat no rehabilitat. L'article 5 del Cco sembla que estableixi una excepció a l'exigència de capacitat legal en permetre que els menors de 18 anys i els incapacitats puguin continuar el comerç exercit pels seus pares o causants i que es justifica pel principi de conservació d'empresa.
- D'altra banda, quant al requisit de l'**exercici habitual del comerç**, no representa una repetició d'actes del comerç, sinó l'exercici d'una activitat professional considerada per la legislació o per l'opinió social "comerç".
- Finalment, pel que fa a la necessitat que l'exercici del comerç es dugui a terme **en nom propi**, el Codi no ho exigeix, però es desprèn que ha de ser així, perquè si s'actua en nom d'una altra persona, serà aquesta qui adquirirà la condició de comerciant. Això implica que l'empresari atrau les conseqüències jurídiques de les relacions en què intervé com a subjecte. 

Una característica pròpia de l'empresari també és la realització d'una activitat d'organització d'elements personals i materials que constitueixen l'instrument que utilitza per a produir o mitjançar béns en el mercat. En aquesta activitat l'empresari és titular d'un conjunt de relacions jurídiques que es refereixen a l'organització del treball i que originen un vincle entre l'empresari i el treballador.

### 2.2.3. Classificació de l'empresari i diferenciació entre activitats econòmiques

En un sentit econòmic, l'activitat econòmica constitutiva d'empresa s'estén a tots els sectors de l'economia (empreses agràries, industrials o de serveis). Això no obstant, en un sentit jurídic no es produeix aquesta generalització. Cal, doncs, delimitar les activitats empresarials que constitueixen simultàniament activitat mercantil i conèixer els sectors o activitats econòmiques que queden exclosos del dret mercantil. I això és important atès que la condició d'empresari mercantil sols s'adquireix amb l'exercici professional d'una activitat econòmica constitutiva d'empresa mercantil.

Com a conseqüència de l'origen corporatiu del dret mercantil, el sector agrari, ramader, pesquer i forestal van quedar des d'un inici exclosos del dret mercantil. Les activitats artesanals van seguir el mateix destí, tenint en compte que el seu desplegament no suposava l'ordenació d'uns factors productius més enllà que l'actuació personal de l'artesà. També segurament aquest caràcter predomi-

#### La finalitat de l'empresari

La finalitat que persegueix l'empresari en l'exercici de la seva activitat és l'obtenció de beneficis. Ara bé, la doctrina es planteja si la finalitat de lucre és una nota conceptual d'empresari. N'hi ha que consideren que no ho és, perquè hi ha supòsits en què aquesta finalitat de lucre, si bé sembla que hi sigui present, es posposa a la consecució d'altres objectius (empreses públiques). Ara bé, s'entén que qualsevol societat anònima o societat limitada, pel fet d'haver adoptat aquesta forma, encara que el primer objectiu no sigui l'obtenció de beneficis, és empresari.

#### Hi ha exercici habitual de comerç...

"... des que la persona que es proposi d'exercir-lo anunciï per circulars, diaris, cartells, rètols exposats al públic, o de qualsevol altra manera, un establiment que tingui per objecte alguna operació mercantil" (art. 3 del Cco).

nant de la intervenció personal, pot explicar l'exclusió de l'aplicació del dret mercantil a les activitats professionals, artístiques i esportistes, tot i que actualment els serveis prestats per professionals es despleguen en molts casos com a activitat constitutiva d'empresa (p. ex., auditors de comptes)

Així, doncs, podem distingir dues classes d'empresaris: els empresaris **mercantils** i els **no mercantils** (pagesos, artesans, professionals titulats, artistes i esportistes).

D'empresaris mercantils n'hi ha de diverses classes segons el criteri de classificació que s'utilitzi.

- Segons el criteri de la **titularitat de l'empresa**, aquesta la pot assumir una persona física –empresari individual– o una persona jurídica –empresari social– també aquest criteri pot distingir entre empresaris públics i empresaris privats, segons si la titularitat de l'empresa és assumida per una persona jurídica pública o una persona jurídica privada.
- Segons el criteri de la **dimensió de l'empresa**, trobem que els paràmetres utilitzats per delimitar les empreses grans, petites o mitjanes no són uniformes en la legislació, sinó que depenen en cada cas de la finalitat perseguida per cada disposició concreta. A més, aquesta distinció no està present en el dret mercantil perquè l'estatut jurídic de l'empresari, present en el Codi de comerç, és únic per a tots els empresaris sigui quina sigui la dimensió de la seva empresa. Això genera inconvenients que han anat disminuint gràcies a lleis especials que han anat construint estatuts propis per a sectors determinats (banca, assegurances, transports, mercat de valors) o disposicions no mercantils de potenciació i ajuda a les PIME.

Podem acabar dient que moltes normes del Codi de comerç i altres lleis mercantils especials (per exemple, Llei de suspensió de pagaments de 1926) no es poden estendre per analogia a tots els empresaris (per exemple, als pagesos, artesans, artistes, etc.) ni als professionals titulats en lliure exercici, perquè hi falta la identitat de raó que, per a això, l'article 4.1 del Codi civil exigeix; tanmateix, es va produint una equiparació creixent a determinats aspectes del règim dels empresaris (per exemple, responsabilitat objectiva per la prestació de serveis en temes fiscals i en l'obligació de portar determinats llibres de comptabilitat que la normativa fiscal exigeix).

#### **2.2.4. Prohibicions i incompatibilitats per a l'exercici del comerç. Llibertat d'exercici d'activitats econòmiques i controls administratius**

L'ordenament jurídic imposa un conjunt de prohibicions i incompatibilitats per poder-se dedicar a l'exercici professional del comerç o de la indústria.

#### **Les empreses artesanes...**

... tenen un estatut especial contingut en el Real Decret de 18 de juny de 1982 (RD 1520/1982).

Per tant, per a poder exercir el comerç és necessari que, a més d'incórrer la capacitat mercantil abans esmentada, no s'incorpori en una prohibició legal per exercir-lo i que no es doni cap incompatibilitat.

- La **prohibició** consisteix a no poder exercir professionalment una determinada activitat econòmica en consideració a la competència il·lícita que això produiria a altres empresaris mercantils. Aquest és el cas de la prohibició imposada al soci col·lectiu.
- La **incompatibilitat** es refereix a la impossibilitat de dedicar-se al comerç o a la indústria per raó del càrrec, de la funció o de la condició de determinades persones. Aquesta incompatibilitat la pateixen, entre d'altres, els magistrats, els funcionaris del ministeri fiscal i Hisenda, i també els corredors de comerç.

Caldria afegir un tercer supòsit denominat **inhabilitació** pel qual els empresaris mercantils declarats en fallida tampoc no podran exercir professionalment les activitats esmentades mentre no hagin estat rehabilitats o autoritzats en virtut del conveni dels seus creditors.

La llibertat d'exercici d'activitats econòmiques pot quedar limitada també per una sèrie de controls administratius que s'estableixen sobre la producció o distribució de determinats béns i serveis (per exemple, controls sanitaris, normativa reguladora de l'exercici de determinades activitats com les de banca i assegurances, etc.).

### **2.2.5. Exercici d'activitats econòmiques per part de persones estrangeres. Llibertat d'establiment. Inversions estrangeres. Llibertat d'establiment i de prestació de serveis en el mercat europeu. Règim de les inversions espanyoles a l'exterior**

El Codi de comerç (art. 15) estableix que perquè un estranger pugui exercir les activitats a Espanya cal que tingui capacitat per a exercir el comerç segons les lleis del seu país d'origen. Amb referència a la creació d'establiments dins del territori espanyol, a les seves operacions, actes o contractes, estarà sotmès a la llei espanyola i a la jurisdicció dels tribunals espanyols. L'article 13 preveu una restricció per a les persones que hagin estat declarades en fallida al seu país. L'estranger, igual que l'espanyol, adquirirà la condició d'empresari mitjançant l'exercici habitual de l'activitat empresarial, i jugarà a favor seu la presumpció d'exercici habitual prevista en l'article 3 del Cco.

#### **Empresaris estrangers**

Una de les característiques dels països amb economia de mercat i amb sistemes democràtics és la llibertat que donen als empresaris estrangers per a instal·lar-se en el país. A la resta de països hi ha determinades barreres, com ara l'obligatorietat d'associar-se amb una persona del país, o amb l'Estat.

El principi de **lliure circulació de persones i dret d'establiment** significa que els nacionals d'un estat comunitari tenen dret a instal·lar-se permanentment en un altre estat membre per a exercir activitats assalariades (industrials, comercials, artesanals i professionals liberals) en les mateixes condicions que els nacio-

nals de l'estat d'acolliment. A més, es podrà prestar serveis en un estat membre sense tenir-hi una instal·lació permanent. D'altra banda, el dret d'establiment implica que hi haurà una igualtat de tracte entre empresaris espanyols i estrangers comunitaris, i que hi haurà d'haver una equivalència de regulació en tots els estats comunitaris, que donarà lloc a una harmonització de les seves legislacions.

Pel que fa a les **inversions estrangeres**, a partir de l'1 de febrer de 1992 Espanya va suprimir les restriccions a la lliure circulació de capitals (inversions estrangeres a Espanya i espanyoles a l'estranger). És inversió estrangera l'aportació de diners, béns o serveis sigui quina sigui la seva procedència, realitzada per una persona resident a l'estranger, sigui quina sigui la seva nacionalitat, o per societat espanyola amb participació estrangera. Les inversions poden ser directes, de cartera o en béns immobles. Pel sistema de control legal que s'estableix sobre les inversions, es distingeix entre inversions lliures, que poden ser absolutament lliures o subjectes a verificació prèvia, i inversions subjectes a autorització prèvia. El Reial decret 664/1999, de 23 d'abril, sobre inversions exteriors, regula tant el règim jurídic de les inversions estrangeres a Espanya com de les espanyoles en l'exterior, quedant aquestes alliberades. S'ha incorporat plenament a l'ordenament espanyol la normativa comunitària sobre llibertat de moviments de capital, caracteritzat per l'absència de controls administratius de caràcter previ, excepte quan s'actui en virtut de les clàusules de salvaguarda. En definitiva, les inversions estrangeres a Espanya hauran de ser declarades al Registre d'Inversions del Ministeri d'Economia i Hisenda, amb una finalitat administrativa, estadística o econòmica i el mateix règim s'aplica per a les inversions espanyoles a l'exterior, tret que aquesta inversió s'efectuï en un sector econòmic amb regulació especial, cas en què l'operació haurà de superar el requisit administratiu que la disposició sectorial en qüestió estableixi.

## 2.2.6. La representació de l'empresari.

### Els "auxiliars" de l'empresari

L'empresari, per regla general, necessita que determinades persones, d'una manera estable i permanent, li prestin serveis en règim de subordinació. Aquestes persones s'anomenen **auxiliars de l'empresari**, i poden ser de dues classes: els auxiliars que presten serveis en l'esfera interna de l'empresa i que no tenen facultats de representació, i els auxiliars amb facultats de representació que col·laboren en l'esfera externa de l'empresa i entren en relacions contractuals amb terceres persones i en nom i per compte de l'empresari. Gaudeixen de facultats representatives que poden ser més o menys àmplies. La diferència entre els primers i els segons no està en la naturalesa del contracte o la relació que els vincula amb l'empresari, sinó en el fet que els primers no tenen facultats representatives i mentre que els segons sí que en tenen.

#### Avui dia...

... els anomenats "auxiliars" de l'empresari són en molts casos qui dirigeixen l'empresa. A les societats anònimes són els socis qui nomenen els administradors o un equip que porti l'empresa i se n'ocupi per tal que l'empresa aporti dividendes a les assemblees generals. És per això que les escoles de formació que segueixen el model americà de formació d'executius tenen tant d'èxit a Europa.

El Codi de comerç (art. 281) solament considera auxiliars aquells que representen l'empresari, i distingeix entre auxiliars o apoderats generals i apoderats singulars. Els **apoderats generals** són els factors o gerents de l'empresa, que estan facultats per a realitzar, en representació de l'empresari, totes les operacions pròpies del gir o tràfic de l'empresa. Els **apoderats singulars** són els que el Codi de comerç denomina **dependents o mossos**, que estan facultats per a realitzar alguna o algunes de les activitats pròpies del gir o tràfic de l'empresa.

### 2.2.7. Especialitats del règim jurídic en l'exercici d'activitat empresarial exercida per persones casades

En els articles del 6 al 12 del Cco (referents a l'exercici empresarial de la persona casada), es consagra el **principi d'igualtat** entre marit i muller amb relació a l'adquisició de la condició d'empresari i desapareix el règim de l'autorització marital. Quant als efectes patrimonials i econòmics de l'exercici d'una activitat empresarial per part d'algun dels cònjuges, es consagra el **principi de llibertat de pactes** entre ells a l'empara de les capitulacions matrimonials (que es poden atorgar abans del matrimoni o després).

Per tant, en el cas de cònjuge comerciant no hi ha cap peculiaritat amb relació al comerciant solter tant en el règim de separació de béns com en el de participació en guanys: cada cònjuge aliena, grava, administra i compromet únicament els béns propis o privatis: no hi ha béns comuns. Solament apareix l'interès familiar en la necessitat que els béns d'ambdós cònjuges contribueixin a l'aixecament de les càrregues familiars i que, en cas d'alienació o gravamen de l'habitatge familiar, encara que sigui privatiu d'un cònjuge, hi hagi de consentir l'altre cònjuge.

### 2.2.8. L'empresari i el risc empresarial

#### a) La responsabilitat limitada i il·limitada. La problemàtica de l'empresari individual.


L'empresari, tant individual com social, respon amb tots els seus béns presents i futurs (art. 1911 del CC).

- La responsabilitat patrimonial de l'empresari individual comprèn no solament els béns que estan destinats a l'exercici de l'activitat empresarial, sinó també aquells altres que no hi estan (així, per exemple, l'habitatge) i per això es parla d'una **responsabilitat il·limitada** de l'empresari individual.

#### L'empresari ocult

La problemàtica que planteja "l'empresari ocult" és conseqüència de les responsabilitats jurídiques que sorgeixen de l'exercici de l'activitat empresarial. Es qualifica com a empresari ocult qui actua en el tràfic per mitjà d'un altre que, aparentment, no actua en nom i interès d'aquell. A l'hora d'exigir responsabilitats a l'empresari ocult sempre sorgeix la difícil qüestió de la prova que la persona que ha actuat en el tràfic ho feia per compte i interès d'aquell i, en definitiva, és l'empresari ocult qui ha d'assumir les obligacions i responsabilitats.



- Quan l'empresari és una societat, també respon de manera il·limitada amb tot el seu patrimoni social. Això no es pot confondre amb el fet que els socis no responen dels deutes de la societat. En aquest cas parlem, doncs, de **responsabilitat limitada**, que no es predica de la societat mercantil sinó dels socis d'aquesta societat (així, per exemple, la societat anònima i la societat de responsabilitat limitada). 

S'han assajat dues tècniques per a oferir a l'empresari individual la possibilitat d'acollir-se a una responsabilitat limitada. D'una banda, la denominada **empresa individual de responsabilitat limitada**, en què l'empresari individual pot adscriure, mitjançant escriptura notarial, part del seu patrimoni a una determinada activitat empresarial i, consegüentment, solament vincula aquests béns a les obligacions que assumeixi en l'exercici de l'activitat empresarial. D'altra banda, la segona tècnica consisteix a permetre la **constitució de societats anònimes o societats de responsabilitat limitada de soci únic**, de manera que llavors l'empresari individual pot adscriure al patrimoni de la societat aquella part del seu patrimoni que consideri adequada per al desenvolupament de les activitats empresarials. Aquesta segona fórmula ha estat la que s'ha recollit en la 12a. Directiva de la UE en matèria de societats, de 21 de desembre de 1989, i la que s'ha incorporat a l'ordenament jurídic espanyol. D'aquesta manera el nostre ordenament tan sols permet limitar la responsabilitat de l'empresari mitjançant la constitució d'una societat unipersonal anònima o limitada (Llei 2/1995, de 23 de març).

#### b) La responsabilitat contractual i extracontractual. Defensa dels consumidors i protecció del medi ambient

La responsabilitat de l'empresari sorgeix tant en l'àmbit contractual com en l'àmbit extracontractual.

- En el primer, l'empresari respon com a conseqüència dels contractes que realitza amb tercers assumint obligacions o respondent de l'incompliment dels contractes que ha subscrit.
- En el segon, el de la responsabilitat extracontractual, l'empresari respon com a conseqüència de la producció dolosa o culposa de danys a un tercer amb qui el responsable no té un vincle contractual i per imposició de la llei.

Pel que fa a la responsabilitat del fabricant i de l'empresari en general, es tendeix a reafirmar el dret d'indemnització del consumidor pels danys i perjudicis soferts pel consum de béns o per la utilització de productes o serveis, tret que els danys siguin ocasionats per culpa exclusiva del consumidor. Es produeix així una inversió del criteri tradicional d'imputació de responsabilitat per culpa o negligència, de manera que el fabricant o venedor de productes respon sempre, llevat que consti o es confirmi que s'han complert degudament les exigències i

#### La teoria de la responsabilitat civil...

... es basa en tres paràmetres: que hi hagi un dany, que aquest hagi estat resultat de la negligència d'algú i que com a conseqüència s'hagi perjudicat algú altre.

requisits establerts reglamentàriament i les altres atencions i diligències que exigeix la naturalesa del producte, servei o activitat.

Juntament amb aquesta tendència n'apareix una altra, denominada de **responsabilitat civil objectiva**, en què s'inculpa l'empresari dels danys originats en el correcte ús i consum de béns i serveis, quan, per la seva mateixa naturalesa o per estar establert així reglamentàriament, incloguin necessàriament la garantia de nivells determinats de puresa, eficàcia o seguretat, en condicions objectives de determinació, i impliquin controls tècnics, professionals o sistemàtics de qualitat fins a arribar en les condicions adequades al consumidor o usuari. En definitiva, se socialitzen d'alguna manera els danys causats als consumidors en determinats productes o serveis, ja que l'empresari o fabricant respon en tots els casos, sense culpa i tot, però ho fa mitjançant un sistema obligatori d'assegurança i fons de garantia que cobreixen els imports de les indemnitzacions. Les primes o preus d'aquesta assegurança es cobren a tots els compradors dels productes o usuaris dels serveis.

Pel que fa a la defensa dels consumidors i la protecció del medi ambient, vegeu el capítol quatre dedicat a l'activitat empresarial i als consumidors.

### 3. L'estatut de l'empresari


#### 3.1. La llibertat d'empresa i els tres vessants que té: llibertat d'accés al mercat, llibertat d'exercici i llibertat de cessació

Davant la crisi profunda del model d'economia liberal de mercat, especialment del paper d'aquest model com a instrument de planificació descentralitzada i espontània de l'economia, primer sorgeix un intervencionisme estatal de caràcter conjuntural sense pretensions de consolidació que, tanmateix, les greus crisis econòmiques dels anys trenta perpetuaran de manera que produiran, a més, un canvi qualitatiu en la qüestió. En efecte, si bé en una primera fase l'Estat intervé en l'economia de manera ocasional i asistemàtica, després hi intervé d'una manera reflexiva, sistemàtica i regular, amb la qual cosa adquireix carta de naturalesa l'anomenat **estat del benestar** (*Welfare State*) o *l'estat social de dret* en l'Europa continental occidental.

La intervenció de l'Estat en l'economia pot ser directa, actuant com a empresari, i normativa. Aquest últim aspecte és precisament el que ens interessa especialment, ja que, en principi, el dret de l'economia és la manifestació juridicopositiva de la nova actitud intervencionista dels poders públics, encara que en l'actualitat s'hagi convertit en l'ordenació pura i simple de l'activitat econòmica, i ha ampliat el seu contingut com a categoria consolidada i sistemàtica al dret del consumidor, al dret de la competència (en sentit ampli, llibertat de competència i competència deslleial) i, en part, al dret de l'empresa.

A partir de la Constitució espanyola de 1978 es planteja la qüestió de la incidència dels principis constitucionals en la configuració del dret i, concretament, dels que integren l'anomenada *constitució econòmica* en el punt relatiu al dret mercantil. Es reconeix el principi de llibertat d'empresa tant privada com pública (art. 38 i 128.2 de la Constitució de 1978), i també se sancionen altres principis que actuen sens dubte com a condicionants de l'exercici de la llibertat. En aquest sentit es pot assenyalar que apareixen com a límits més rellevants "les exigències de l'economia general i, si s'escau, la planificació" (art. 48 *in fine*), la qual cosa significa que la llibertat d'empresa s'ha de subordinar a la satisfacció de les demandes socioeconòmiques, o en altres paraules, que està funcionalitzada constitucionalment, de la mateixa manera que la limiten els principis de protecció d'interessos diferents dels de l'empresari mateix i que graviten entorn de l'empresa, com són els interessos dels treballadors i dels consumidors (art. 51). Ambdós elements tenen una incidència diferent, encara que significativa, pel que fa al dret mercantil.

El contingut de la llibertat d'empresa es pot desglossar en tres dimensions: **llibertat d'accés al mercat, llibertat d'exercici i llibertat de cessació**. En

cadascuna trobarem prou exemples de com la llei n'afecta l'exercici. Així, observarem que la llei afecta de manera significativa les anomenades *barreres d'entrada en el mercat*, que mitjançant la llei s'estimula l'increment de grau de concentració existent en determinats sectors, com per exemple en el de les assegurances privades, i que també mitjançant la llei es limita el dret de sortida del mercat de determinades empreses. Ara bé, la llibertat d'empresa, com qualsevol altre dret de llibertat, ho és en un estat social de dret, la qual cosa comporta uns límits d'exercici, especialment perquè no pot entrar en contradicció amb l'interès general i s'ha de compatibilitzar amb altres drets i llibertats reconeguts. 

En definitiva, la constitucionalització del dret mercantil ha exigít l'examen de tres qüestions bàsiques:

- a) En primer lloc, la noció del contingut essencial de llibertat d'empresa, que significa discernir entre llibertat d'accés al mercat, llibertat d'exercici, tant respecte a les exigències de planificació econòmica com respecte al principi de protecció dels consumidors, i, finalment, llibertat de cessació o llibertat de sortida del mercat.
- b) En segon lloc, que el reconeixement de llibertat d'empresa es formula en el marc o sistema de l'economia de mercat, la qual cosa comporta la institucionalització de la competència, i hi ha una base constitucional per a la defensa de la competència, una base segons la qual la contrapartida de la llibertat reconeguda està en el deure o l'obligació de competir.
- c) I, en tercer lloc, la llibertat d'empresa es reconeix en el context del principi de coiniativa pública i privada en l'activitat econòmica que, en establir-se en la Constitució, deroga tant la tradició antiintervencionista liberal com l'anterior principi de subsidiarietat, de manera que posa en igualtat de condicions les empreses públiques i les privades.

### **3.2. Llibertat d'accés i d'exercici: seguretat del tràfic i publicitat legal**

L'extraordinari desenvolupament de l'activitat empresarial i la seva complexitat exigeixen envoltar-la d'un sistema de publicitat oficial que permeti conèixer en tot moment determinades situacions jurídiques dels empresaris, tant persones físiques com jurídiques, referides no simplement a la seva existència, sinó també als seus canvis i mutacions, a certs aspectes del tràfic que realitzen i al moment de cessament en la condició d'empresaris.

- La **publicitat legal** mercantil, predominantment obligatòria, té per objecte la publicitat oficial de les situacions jurídiques dels empresaris en instruments oficials de publicitat creats i controlats per l'Administració pública (registres i diaris oficials).

- La **seguretat del tràfic** té com a finalitat emparar el legítim interès dels tercers que es relacionen amb els empresaris (proveïdors, clients, inversors i les mateixes administracions públiques).

El principi de llibertat d'empresa en els tres vessants de llibertat d'accés al mercat, llibertat d'exercici i llibertat de cessació troba el seu reflex en el sistema de **publicitat legal mercantil**. En efecte, les societats mercantils s'han d'inscriure en el Registre Mercantil per a tenir aquesta consideració i els empresaris individuals, la inscripció dels quals és potestativa, no podran demanar la inscripció de cap moment en el Registre Mercantil ni aprofitar-se'n a efectes legals mentre no s'hi inscriguin prèviament. Així mateix, els canvis i mutacions, i determinats aspectes del tràfic que realitzen els empresaris, són objecte d'inscripció en el Registre Mercantil. Finalment, la llibertat de cessació en l'activitat empresarial exigeix a les societats mercantils la inscripció d'aquest cessament en el Registre Mercantil.

### 3.2.1. El sistema registral mercantil espanyol

El sistema registral mercantil espanyol s'articula al voltant dels registres oficials, que tenen per objecte la publicitat oficial de les situacions jurídiques dels empresaris que s'hi han inscrit i que tenen com a funció primordial la publicitat legal dels empresaris. Entre els registres de publicitat legal mercantil, destaca per la seva importància el Registre Mercantil, que té el caràcter de registre general del tràfic mercantil, però que coexisteix amb un conjunt de registres especials (els registres mercantils especials més significatius són els següents: Registre de la Banca Privada, Registre d'Entitats d'Assegurances, Oficina Espanyola de Patents i Marques, Registre d'Hipoteca Mobiliària i Penyores sense Desplaçament, Registre de Defensa de la Competència, Registre de Vendes a Termini, Registre de Patents, Registre de la Comissió Nacional del Mercat de Valors, Registre d'Empreses de Venda a Distància, Registre de Prestadors de Serveis de Certificació, etc.).

La publicitat legal, en nom de la seguretat del tràfic és, doncs, la funció institucional bàsica del Registre Mercantil. Però d'una manera més concreta les funcions del Registre Mercantil són les següents:

a) El Registre Mercantil com a instrument de publicitat té la funció essencial de la **inscripció dels empresaris individuals**, les societats mercantils i altres entitats, i **també** les mencions, **actes jurídics**, manifestacions o circumstàncies que fan referència als subjectes inscriptibles que legalment o reglamentàriament es determinin. D'aquesta manera el Registre Mercantil apareix com l'instrument de publicitat legal relatiu a la gran majoria dels qui actuen en el mercat realitzant activitats empresarials.

b) El Registre Mercantil té assignades altres funcions, com són la **legalització dels llibres** dels empresaris (llibres de comptabilitat i llibres societaris), el no-

#### La publicitat que exigeix la llei...

... és una garantia de seguretat per als tercers. Segons estableix la llei, quan un comerciant crea una companyia l'ha de registrar (lloc, nom, capital social, qui compon la societat i qui n'és l'administrador). D'aquesta manera si els altres comerciants volen saber amb qui contracten poden informar-se'n al Registre Mercantil.

#### Funcions del Registre Mercantil:

**Instrument de publicitat:** serveix perquè els tercers puguin accedir a la informació dels altres empresaris i puguin contractar amb seguretat.

**Serveis a les empreses:** legalització dels llibres, dipòsit dels comptes anuals...

**menament d'experts** independents per a la valoració de les aportacions no dineràries a determinades societats, el **nomenament dels auditors** de comptes en determinats supòsits previstos per les lleis, el dipòsit i la **publicitat dels comptes anuals** de les societats de capital i dels grups de societats, i finalment s'institucionalitza la publicació diària del *Butlletí Oficial del Registre Mercantil* per a recollir les dades previstes en la legislació referides als subjectes inscrits en el Registre Mercantil.

### 3.2.2. Sistema organitzatiu del Registre Mercantil

L'organització del Registre Mercantil es forma amb un registre mercantil central i els registres mercantils territorials que hi ha a les capitals de cada una de les províncies espanyoles i a les ciutats de Ceuta i Melilla.

Els **registres mercantils territorials** tenen com a funció fonamental practicar les inscripcions dels subjectes inscriptibles i dels seus actes i altres circumstàncies, legalitzar llibres i nomenar experts i autors, i fer de dipòsit dels comptes anuals de les societats i empresaris que estiguin obligats a donar-ne publicitat.

El **Registre Mercantil central** centralitza la informació registral que rep dels registres territorials i en dóna publicitat per mitjà del mateix Registre i del *Butlletí Oficial del Registre Mercantil*, la publicació del qual és a càrrec seu; arxiva i publica les denominacions de societats i entitats jurídiques inscrites o inscriptibles amb la finalitat que no s'hi inscriguin societats o entitats que puguin adoptar una denominació prohibida per les lleis, i porta el registre de les societats i entitats que hagin traslladat el domicili a l'estranger sense pèrdua de la nacionalitat espanyola.

### 3.2.3. Els principis del Registre Mercantil

El Registre Mercantil proporciona seguretat jurídica al tràfic mercantil i tutela els interessos de tercers de bona fe que es relacionen amb subjectes inscrits. Al seu torn giren els **principis de la publicitat registral**.

- **Principi d'obligatorietat de la inscripció** (art. 19 del Cco i art. 4 de l'RRM). L'obligatorietat de la inscripció inclou els subjectes i s'estén també als actes que la llei menciona o enumera referents a aquests subjectes.
- **Principi de titulació pública** (art. 18.1 del Cco i art. 5 de l'RRM). Només tenen accés al Registre Mercantil els documents públics (per exemple, escriptures públiques i resolucions judicials) i els documents privats en els ca-

sos expressament previstos en les lleis i en l'RRM. Pel que fa als documents estrangers, cal emparar-se en el que disposa la legislació hipotecària.

- **Principi de legalitat** (art. 18.2 del Cco i art. 6 de l'RRM). Els registradors mercantils han d'efectuar la qualificació dels documents presentats per a la seva inscripció en el Registre, la qual cosa implica decidir sobre si el fet o circumstància de què se sol·licita la inscripció reuneix els requisits exigits per la llei per a ser registrats.
- **Principi de legitimació** (art. 20 del Cco i art. 7 de l'RRM). El contingut del registre es presumeix exacte i vàlid, i el que hi ha inscrit produirà els seus efectes, mentre no s'inscrigui la declaració judicial d'inexactitud o nul·litat. Es tracta d'una presumpció que admet la prova en contra. Ara bé, per a defensar la bona fe dels tercers, s'estableix que la declaració d'inexactitud o nul·litat no perjudicarà els drets de tercers de bona fe, adquirits conforme a dret.
- **Principi d'oposabilitat** (art. 21 del Cco i art. 9 de l'RRM). El principi de legitimació té com una de les seves conseqüències que els actes subjectes a inscripció, un cop inscrits, són oposables fins i tot als tercers de bona fe. Ara bé, aquesta oposabilitat no es produeix immediatament després de la inscripció en el Registre, sinó a partir dels quinze dies següents de la publicació de la inscripció en el *Butlletí Oficial del Registre Mercantil*. En el supòsit de discordança entre el contingut de la inscripció i el de la publicació, els tercers podran invocar la publicació si els fos favorable.
- **Principi de prioritat** (art. 10 de l'RRM). Quan s'hagi inscrit un document o títol en el Registre, no s'hi podrà inscriure cap més document o títol amb la mateixa data o data anterior que resulti oposat o incompatible amb el registre, és a dir, que el document que accedeixi primer al Registre serà preferent davant els que hi accedeixin amb posterioritat, ja que el Registre ha de practicar els assentaments registrals corresponents segons l'ordre de presentació i no segons l'origen del document.
- **Principi de tracte successiu** (art. 11 de l'RRM). Per a inscriure actes o contractes relatius a un subjecte inscriptible, caldrà la inscripció prèvia del subjecte. I per a la inscripció d'actes o contractes modificatius o extintius d'altres d'atorgats amb anterioritat, caldrà la inscripció prèvia d'aquests actes o contractes.
- **Principi de publicitat formal** (art. 23 del Cco i art. 12 i 77 a 80 de l'RRM). El Registre Mercantil és públic, perquè qualsevol persona hi té accés per a saber tantes dades o assentaments registrals com vulgui saber. La publicitat formal o accés a les dades del registre es pot obtenir per diversos procediments: per mitjà de terminals d'ordinador instal·lats amb aquesta finalitat a les oficines del Registre, en virtut de certificacions, notes informatives o còpies dels documents arxivats.

### **3.2.4. La publicitat legal: la inscripció dels empresaris i dels seus actes**

La inscripció registral dels **empresaris individuals**, tret del navilier, és potestativa (art. 19.1 del Cco). Ara bé, l'empresari individual no inscrit no podrà demanar la inscripció de cap document ni aprofitar-se dels efectes legals de la inscripció. L'article 22 del Cco estableix els actes o vicissituds dels empresaris individuals que poden ser objecte d'inscripció en el Registre Mercantil.

Per contra, la inscripció registral de les **societats mercantils** és rigorosament obligatòria, ja que la manca d'inscripció causa la irregularitat de les societats. En l'article 22 del Cco es determinen concretament els actes i circumstàncies relatius a les societats que obligatòriament s'hauran de recollir en els fulls respectius del llibre d'inscripció registral corresponent (l'RRM desenvolupa amb gran amplitud i detall el contingut de la inscripció dels actes i vicissituds relatius a les societats que s'han d'inscriure obligatòriament).

Per la seva part, l'article 24 del Cco estableix l'**obligació de fer constar les dades de la inscripció**. Els empresaris individuals, societats i entitats subjectes a inscripció obligatòria hauran de fer constar en tota la documentació, correspondència, notes de comanda i factures el domicili i les dades identificadores de la inscripció en el Registre Mercantil. Les societats mercantils i altres entitats hauran de fer constar, a més, la forma jurídica que tenen (per exemple, societat anònima, societat de responsabilitat limitada, etc.). L'incompliment d'aquesta obligació se sanciona amb una multa.

La finalitat d'aquesta obligació de fer constar les dades de la inscripció en el Registre Mercantil en tota la documentació és precisament facilitar que els tercers que es relacionen amb aquests empresaris puguin recórrer al Registre Mercantil per a aconseguir tanta informació com vulguin o necessitin respecte d'aquests empresaris.

### **3.3. L'organització comptable com a element estructural de l'activitat empresarial**

#### **3.3.1. Funció, informació i control mitjançant la comptabilitat**

La comptabilitat ha passat de ser un instrument d'organització de l'empresari a ser una obligació legal. Les normes jurídiques s'han encarregat de regular aquesta obligació i d'establir els requisits amb què s'han de portar els llibres de comptabilitat, i s'han imposat determinades formalitats com a garantia de la veracitat dels assentaments comptables.



El principi de l'obligatorietat de la comptabilitat és el primer del conjunt de principis que integra l'anomenat *dret comptable* o *règim jurídic de la comptabilitat dels empresaris*.

A partir del moment històric en què la disciplina comptable ha deixat de tutelar –instrumentalment, s'entén– interessos exclusivament privats i ha passat a tutelar interès públic, ha estat objecte d'una atenció especial per part del legislador. L'exigència social d'establir un marc jurídic més exigent i tècnic per a la comptabilitat dels empresaris és un fenomen de caràcter universal. El dret d'informació sobre la situació patrimonial, financera i dels resultats de l'empresa ha evolucionat en relació amb l'ampliació dels titulars d'aquest dret d'informació. En efecte, s'ha passat de l'àmbit intern reduït, és a dir, el titular de l'empresa i els socis, a una esfera molt més àmplia en la qual hi ha integrats els creditors, els treballadors, els inversors actuals i potencials, l'Estat i, finalment, l'interès públic en general (per exemple, a l'efecte de planificació econòmica que afecta tots els membres de la comunitat política).

La necessitat de portar una comptabilitat ordenada i adequada a l'activitat de l'empresa comprèn dues obligacions o exigències que convé distingir:

- des d'una perspectiva formal, exigeix no solament l'anotació dels assentaments comptables corresponents, sinó també la conservació dels documents que emparen o donen lloc als assentaments comptables corresponents ordenats i classificats com cal.
- I des d'una perspectiva de comptabilitat material, exigeix que es pugui mostrar una imatge fidel del patrimoni, de la situació financera i dels resultats de l'empresa.

Tot seguit analitzem els articles del 25 al 41, ambdós inclusivament, del Cco, que integren el **règim general de la comptabilitat** dels empresaris, aplicables a tota classe d'empresaris, tant els empresaris individuals com les societats mercantils. El **règim especial** dels comptes anuals aplicable exclusivament a les societats anònimes, societats de responsabilitat limitada i societats comanditàries per accions està recollit en la Llei de societats anònimes.

### **3.3.2. La comptabilitat formal: principis que la inspiren**

El **règim jurídic de la comptabilitat formal** queda recollit en els articles 25 a 33 del Cco que preveu l'obligatorietat de portar llibres tant de comptabilitat (el llibre d'inventaris i comptes anuals i el llibre diari) com societaris (les societats mercantils portaran també un llibre d'actes), amb previsió dels llibres concrets que s'han de portar, contingut i com s'han de fer les anotacions, el règim de la seva legalització i preveu l'obligació de conservació ordenada d'aquests llibres així com dels documents i justificants de les anotacions que s'hi practiquen.

L'article 25.1 del Cco, aplicable a tots els empresaris, recull el principi del deure de portar una comptabilitat ordenada i adequada de l'empresa, el qual comprèn els aspectes següents:

a) El fet de **portar llibres** de comptabilitat i, si escau, llibres societaris, de manera que compleixin tots i cadascun dels requisits exigits en el Codi de comerç.

b) L'**elaboració dels comptes anuals**, de conformitat amb les disposicions legals, per a mostrar la imatge fidel del patrimoni, de la situació financera i dels resultats de l'empresa.

c) La **verificació dels comptes** anuals en uns supòsits determinats (les societats anònimes, per exemple, d'una determinada dimensió) i, en un altre cas, de manera voluntària, per part d'auditor o auditors independents, com a requisits de fiabilitat de la informació que proporcionen els comptes anuals.

d) La **publicitat** formal per mitjà de l'empresa mateixa i, en general, per mitjà del dipòsit **dels comptes** anuals en el Registre Mercantil, en uns supòsits de manera obligatòria (així, per a les societats anònimes, de responsabilitat limitada i comanditària per accions) i en altres supòsits de manera voluntària (així, els empresaris inscrits en el Registre Mercantil i que no estiguin sotmesos a l'obligació de dipòsit dels seus comptes anuals).

### **3.3.3. La comptabilitat material: els comptes anuals. Principis de claredat i imatge fidel**

La regulació dels comptes anuals, que té com a finalitat mostrar la imatge fidel del patrimoni, de la situació financera i dels resultats de l'empresa, es troba recollida en els articles 34 a 41 del Cco.

La denominada comptabilitat material és la que fa referència a la situació patrimonial, financera i dels resultats de l'empresa que s'ha de mostrar per mitjà dels documents que recullen els comptes anuals (balanç, compte de pèrdues i de guanys i memòria) que formen una unitat.

- El **balanç** és un quadre de representació gràfica i comparativa dels saldos dels diferents comptes de l'actiu i del passiu que resumeix tota la comptabilitat de l'exercici i determina l'existència de pèrdues o guanys. La seva funció és mostrar d'una manera estàtica i en una data determinada la situació financera, patrimonial i de resultats d'una empresa.
- El **compte de pèrdues i guanys** és un document complementari del balanç i té com a finalitat mostrar els resultats positius o negatius de l'exercici. En efecte, ha de comprendre, amb la separació que cal, els ingressos i les despeses de l'exercici i, per diferències, el resultat de l'exercici (positiu o negatiu).

- La **memòria** és el tercer document que integra els comptes anuals de l'exercici i completa, amplia i comenta la informació continguda en el balanç i en el compte de pèrdues i guanys.

Aquests tres documents formen una unitat i hauran de redactar-se amb claredat per tal de mostrar la imatge fidel d'una realitat econòmica. Totes dues coses –claredat i imatge fidel constitueixen **els principis generals dels comptes anuals**.

- El principi de “claredat” persegueix una finalitat molt concreta: demostrar amb claredat la situació patrimonial, financera i de resultats de l'empresa. Amb aquesta finalitat s'han establert uns esquemes o models de presentació dels documents que integren els comptes anuals i una homogeneïtzació dels rètols o denominacions de les partides. El desenvolupament del principi de “claredat” s'ha fet per mitjà del Pla general de comptabilitat, que recull els models o esquemes de comptes anuals per a donar compliment a aquest principi.
- El principi d’“imatge fidel” de la situació patrimonial, financera i de resultats de l'empresa és un objecte assolible en la mesura que la informació comptable gaudeixi d'unes característiques determinades, s'adeqüi a uns requisits i s'obtingui aplicant uns principis comptables bàsics que disciplinen i normalitzen el règim de les valoracions dels elements que integren els comptes anuals.

El principi d’“imatge fidel” el desenvolupen els principis de comptabilitat generalment acceptats (recollits en l'art. 38 del Cco) i aquests principis, al seu torn, els desenvolupen les regles de valoració (art. 39 del Cco i Pla general de comptabilitat), concretes i aplicables a situacions o fets específics.

El principi d’“imatge fidel” té la categoria de clàusula general de tot el sistema dels comptes anuals. Això significa que, si després d'aplicar els principis comptables, els esquemes o models de comptes i els criteris de valoració, no s'arriba a l'objectiu de mostrar la imatge fidel de la situació patrimonial, financera i de resultats de l'empresa, s'hauran de proporcionar les informacions complementàries necessàries i, fins i tot, deixar d'aplicar les normes comptables que impedeixin assolir l'objectiu representat per la imatge fidel.

### **3.3.4. Principis de comptabilitat generalment acceptats i Pla general de comptabilitat**

Els **principis de comptabilitat generalment acceptats** estan constituïts per un conjunt de normes tecnicocomptables articulades amb vista a la representació formal i material dels elements patrimonials i les valoracions d'aquests elements. Davant la impossibilitat de formular una regulació minuciosa i estàtica de les regles o criteris de valoració, s'han elaborat uns principis generals de valoració que, tenint la seva formulació inicial un contingut essencialment de límit a les valo-

racions de les partides dels comptes anuals, han evolucionat fins a constituir un conjunt harmònic de principis que regeixen les valoracions dels elements integrants de les diferents partides dels comptes anuals en conjunt, amb una inevitable elasticitat que s'ha limitat a mesura que es desenvolupen els criteris o regles de valoració.

Dit d'una altra manera, els principis de comptabilitat generalment acceptats proporcionen una resposta alhora harmònica i flexible al difícil repte de la problemàtica de les valoracions, mentre que els **criteris o regles de valoració** són el conjunt de regles que desenvolupen els principis de comptabilitat generalment acceptats i constitueix, tot i tenir com a denominador comú imposar determinats límits a la valoració, un pas més endavant en la tasca inacabada de la regulació dels comptes de l'exercici.

El **Pla general de comptabilitat**, aprovat pel Reial decret 1643/1990, de 20 de desembre, és el desenvolupament reglamentari del conjunt de normes que integren el règim jurídic de la comptabilitat. És l'últim esglaió en la cadena jerarquitzada del conjunt de normes que integren el règim jurídic de la comptabilitat, però com que és l'instrument tècnic del desenvolupament del conjunt de normes comptables està cridat a convertir-se, atesa la seva obligatorietat de compliment, en el text més utilitzat per les empreses per a donar compliment a la normativa en matèria comptable. Precisament és en el Pla general de comptabilitat on es recullen els models o esquemes per a formular els comptes anuals.

### **3.3.5. Regularització de balanços i consolidació de comptes**

La **regularització de balanços** té com a finalitat donar solució a la problemàtica que planteja la inestabilitat monetària que provoca un desajust més o menys gran entre la realitat patrimonial i la seva versió comptable.

La **consolidació de comptes** significa que, quan hi hagi un grup de societats, els comptes consolidats del grup els ha de formular la societat dominant en uns únics comptes anuals que recolliran les dades patrimonials referides a un grup de societats (el règim dels comptes consolidats està regulat en els articles del 42 al 49 del Cco i en el Reial decret 1815/1991, de 20 de desembre, que estableix les normes per a l'aprovació dels comptes anuals consolidats i la seva formulació).

### **3.3.6. L'auditoria de comptes anuals i la funció d'auditoria: la Llei 19/1988, de 12 de juliol, d'auditoria de comptes**


Els auditors de comptes són les persones físiques o jurídiques que figuren inscrits en el Registre Oficial d'Auditors de Comptes de l'Institut de Comptabilitat d'Auditoria de Comptes, perquè reuneixen els requisits de formació teòrica i pràctica exigits per la llei que els converteixen en experts. Així mateix, la seva

lleï reguladora posa especial cura en el fet que aquests experts tinguin la condició d'independents, en el sentit de no estar vinculats amb les empreses o els directius de les empreses els comptes dels quals hagin de revisar.

En definitiva, l'auditoria de comptes es configura com una activitat d'experts independents que, utilitzant determinades tècniques de revisió, han d'emetre un informe sobre la fiabilitat dels documents comptables auditats i s'han de pronunciar sobre dues qüestions bàsiques:

a) Que l'empresa porta formalment la seva comptabilitat i compleix tots i cadascun dels requisits exigits per la normativa comptable.

b) Que els documents que recullen els comptes anuals compleixen també tots els requisits i exigències de la normativa comptable amb relació a la denominada *comptabilitat material*.

L'auditoria dels comptes anuals de les empreses és obligatòria quan la imposa la llei (així, per exemple, les societats anònimes, de responsabilitat limitada i comanditàries per accions que reuneixin determinades característiques) i també quan ho acordi el jutge a petició de qui acrediti un interès legítim. 

### **3.3.7. El secret comptable i els seus límits. Exhibició i reconeixement de la comptabilitat**

En l'article 32.1 del Cco s'estableix el principi que la comptabilitat dels empresaris és secreta. Ara bé, el secret de la comptabilitat no té un caràcter absolut, ja que, d'acord amb els interessos que es pretenen protegir mitjançant la comptabilitat, hi ha un conjunt de limitacions (davant Hisenda, l'Administració i, sobretot, davant l'actuació dels tribunals de justícia).

Es preveu la comunicació o reconeixement general dels llibres, correspondència i altres documents dels empresaris que únicament el jutge, d'ofici o instància de part, pot decretar en determinats supòsits. Així mateix, es preveu l'exhibició dels llibres o documents dels empresaris el reconeixement dels quals s'ha de limitar a determinats aspectes de la comptabilitat que tinguin relació amb la qüestió que es tracti en un determinat litigi. Dit d'una altra manera, la comunicació representa una derogació del principi de secret respecte a la totalitat de la comptabilitat, mentre que l'exhibició solament afecta unes parts molt concretes de tot el conjunt que forma la comptabilitat d'una empresa.

## 4. L'activitat empresarial i els consumidors

### 4.1. Pressupòsits socioeconòmics i base constitucional de la protecció dels consumidors

En l'economia de mercat, en què el procés de producció i distribució es desenvolupa sobre la base de l'intercanvi, el consumidor o usuari apareix com a destinatari final dels béns i serveis oferts per les empreses. El consumidor o usuari adquireix aquests béns i serveis per tal de satisfer les seves necessitats materials i intel·lectuals. En aconseguir-ho, el procés de circulació econòmica finalitza. Per això, s'anomena **consumidor final**.

D'acord amb els principis de la teoria econòmica clàssica, els intercanvis de béns i serveis en el mercat es regeixen pel mecanisme dels preus, assenyalats, en cada cas, pel punt de trobada entre l'oferta i la demanda. Des d'aquesta perspectiva, empresaris (oferents) i consumidors (demandants) negocien lliurement i en condicions d'igualtat en el mercat, i participen activament en el procés de conformació dels preus.

La realitat econòmica i social dels darrers cent anys –ressenyada anteriorment a grans trets (vegeu el punt 1.2)– pugna obertament amb aquest plantejament teòric. L'emergència i consolidació de les grans empreses –amb acusada tendència vers el monopoli i l'oligopoli en importants sectors– comporta una transformació radical de l'activitat econòmica en el mercat. La **pretesa** correlació inicial de forces entre empresaris i consumidors es desequilibra. Davant el creixent poder econòmic de les empreses, els consumidors queden relegats a una posició de subordinació. La inferioritat econòmica s'accentua a mesura que augmenta la concentració empresarial. L'ideari configurat a l'entorn de la **sobirania del consumidor**, com a postulat essencial de l'economia de mercat, s'esvaeix completament.

L'acumulació de poder econòmic per part de les empreses repercuteix també directament en l'ordenament jurídic de l'activitat mercantil. El domini empresarial en el mercat es tradueix, en efecte, en una progressiva relaxació i manipulació dels expedients jurídics. Els principis liberals d'autonomia privada, responsabilitat, tutela de la propietat i lliure competència s'empren com a instruments de l'actuació i el comportament empresarials, de manera que s'alteren substancialment les respectives funcions normatives desplegades per aquests principis.

Aquesta situació d'inferioritat estructural en el context socioeconòmic, agreujada per una desigualtat jurídica creixent, fa necessària la reacció dels poders públics. A partir dels anys seixanta –i, sobretot, setanta– s'articulen les prime-

res mesures legals orientades cap a la **protecció dels consumidors**. En l'àmbit de la Comunitat Europea s'assenyalen les directrius bàsiques d'una política jurídica encaminada a la tutela dels interessos dels consumidors i usuaris. De manera expressa, es preveuen, com a drets fonamentals dels consumidors, els següents:

- a) el dret a la protecció de la salut i seguretat,
- b) el dret a la protecció dels seus interessos econòmics,
- c) el dret al rescabament dels danys i perjudicis soferts,
- d) el dret a la instrucció i formació, i
- e) el dret a la representació i audiència (dret a ser escoltats).

En sentit ampli, aquest **dret dels consumidors** incipient es podria definir, com a sector específic de l'ordenament jurídic, com el conjunt de normes dictades amb la finalitat d'evitar i limitar els efectes perniciosos per als consumidors i usuaris derivats de la seva posició de debilitat en el mercat.

En el nostre sistema jurídic, la base constitucional del dret dels consumidors és l'article 51 de la Constitució. Aquest precepte, de clara inspiració comunitària europea, diu així:

1. Els poders públics garantiran la defensa dels consumidors i usuaris i protegiran, mitjançant procediments eficaços, la seguretat, la salut i els legítims interessos econòmics dels consumidors.
2. Els poders públics promouran la informació i l'educació dels consumidors i usuaris, fomentaran les seves organitzacions i les escoltaran en les qüestions que els puguin afectar, en els termes que la llei estableixi.

Es tracta d'un precepte constitucional de contingut fonamentalment programàtic. Ara bé, com a principi rector de la política social i econòmica –ja que està inserit en el capítol tercer del títol I de la Constitució–, el reconeixement, el respecte i la protecció com a tal principi –de defensa dels consumidors i usuaris– “informarà la legislació positiva, la pràctica judicial i l'actuació dels poders públics” (art. 53.3 de la Ce).

## 4.2. Legislació per a la protecció dels consumidors

### 4.2.1. La Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa dels consumidors i usuaris. La legislació autonòmica

La Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris (LGDCU) es promulga, l'any 1984, en compliment de la previsió establerta en l'article 51 de la Constitució. És una llei tributària també dels principis i directrius vigents en aquesta

#### Els consumidors a la CE

La presència dels consumidors en el text constitucional comporta que la seva tutela s'elevi a principi general del dret, alhora que permet referir la disciplina al conjunt del tràfic econòmic. L'obligació, d'altra banda, imposada als poders públics de promoure la participació del sector de treball en les empreses i de facilitar-li l'accés a la propietat dels mitjans de producció, incideix necessàriament en la qüestió de la reforma de l'empresa, sense que el text constitucional prejudgi el sentit o els camins d'aquesta reforma.

matèria en l'àmbit comunitari europeu. Segons la mateixa **exposició de motius**, es persegueixen tres objectius amb la normativa que s'implanta:

- a) En primer lloc, establir, sobre bases fermes i directes, els procediments eficaços per a la defensa dels consumidors i usuaris.
- b) En segon lloc, disposar del marc legal adequat per a afavorir un desenvolupament òptim del moviment associatiu en aquest camp.
- c) En tercer lloc, declarar els principis, criteris, obligacions i drets que configuren la defensa dels consumidors i usuaris, que, en l'àmbit de les respectives competències, els poders públics hauran de tenir en compte en les actuacions i desenvolupaments normatius futurs en el marc de la doctrina establerta pel Tribunal Constitucional.

El **concepte legal de consumidor** –essencial per a delimitar l'àmbit d'aplicació de la Llei– es consigna en l'apartat 2n. de l'article 1r. Aquesta delimitació positiva de la noció de consumidor es complementa tot seguit amb una de negativa, que té justament per objecte excloure determinats subjectes de l'esfera de protecció de la Llei. En aquest sentit, es precisa que

“[...] no tindran la consideració de consumidors o usuaris els qui, sense constituir-se en destinataris finals, adquireixin, emmagatzemin, utilitzin o consumeixin béns o serveis, amb la finalitat d'integrar-los en processos de producció, transformació, comercialització o prestació a tercers” (art. 1.3 de l'LGDCU).

#### Art. 1.2 L 26/84

Són consumidors o usuaris les persones físiques o jurídiques que adquireixen, utilitzen o gaudeixen de, com a destinataris finals, béns mobles o immobles, productes, serveis, activitats o funcions, qualsevulla que sigui la naturalesa pública o privada, individual o col·lectiva, dels qui els produeixen, faciliten, subministren o expedeixen.

Els **drets bàsics dels consumidors** es detallen en l'article 2 de la Llei, i en els capítols següents es concreta la disciplina protectora d'aquests drets.

Drets bàsics del consumidor (art. 2 L 26/84)	Desenvolupament de la disciplina protectora d'aquests drets (L 26/84)
a) La protecció contra els riscos que puguin afectar la seva salut o seguretat.	Capítol II (art. 3 a 6)
b) La protecció dels seus legítims interessos econòmics i socials; en particular enfront de la inclusió de les clàusules abusives dels contractes.	Capítol III (art. 7 a 12). En l'art. 10 bis es recull la noció de clàusula abusiva i s'enumera un conjunt de clàusules i estipulacions que tindran aquest caràcter (disposició addicional primera, per remissió).
c) La indemnització dels danys i perjudicis soferts.	Capítol VIII (art. 25 a 31). Es detallen els mecanismes legals arbitrats per a garantir les responsabilitats empresarials i fer efectives les eventuais obligacions d'indemnització dels danys i perjudicis causats als consumidors. En aquest darrer cas, destaca especialment la progressiva tendència vers l'objectivació de la responsabilitat.



Drets bàsics del consumidor (art. 2 L 26/84)	Desenvolupament de la disciplina protectora d'aquests drets (L 26/84)
d) La informació correcta sobre els diferents productes o serveis i l'educació i divulgació per a facilitar-ne el coneixement de l'ús adequat, consum o gaudiment.	Capítol IV (art. 13 a 17) i capítol V (art. 18 i 19)
e) L'audiència en consulta, la participació en el procediment d'elaboració de les disposicions generals que els afectin directament i la representació dels seus interessos per mitjà de les associacions, agrupacions o confederacions de consumidors i usuaris constituïdes legalment.	Capítol VI (art. 20 a 22)
f) La protecció jurídica, administrativa i tècnica en les situacions d'inferioritat, subordinació o indefensió.	Capítol VII (art. 23 i 24). Es consignen, amb caràcter indicatiu, el seguit de mesures que han d'adoptar els poders públics a fi d'evitar situacions d'inferioritat, subordinació o indefensió.

Pel que fa a la **legislació autonòmica** en aquest camp, hi ha diverses comunitats autònomes que han regulat aspectes directament relacionats amb la defensa dels consumidors i usuaris (País Basc, Galícia, Andalusia, etc.).

En el cas concret de Catalunya, i a l'empara de l'habilitació competencial en la matèria establerta en l'article 12.1.5 de l'Estatut d'autonomia, s'han dictat les lleis següents:

- Decret legislatiu 1/1993, de 9 de març. Text refós sobre comerç interior.
- Llei 1/1997, de 24 de març, d'equipaments comercials.
- Llei 1/1990, de 8 de gener, sobre disciplina del mercat i de defensa dels consumidors i usuaris.

Es tracta, en tots tres casos, de disposicions normatives amb un objectiu doble i comú: d'una banda, **ordenar l'activitat comercial**, establint les regles del joc en el mercat i les sancions corresponents per als casos de transgressió; de l'altra, **tutelar els interessos de consumidors i usuaris**. Ambdós objectius estan íntimament relacionats. I és que la manera més eficaç de defensar els consumidors no és altra que preservar i potenciar la transparència en el mercat, adoptant les mesures necessàries per a disciplinar i reprimir les conductes empresarials abusives o fraudulentos.

Finalment, en aquest apartat, cal ressenyar que amb la mateixa finalitat ambivalent que les anteriors, i complementant-les, s'ha promulgat la Llei 23/1991, de 29 de novembre, de comerç interior.

#### **4.2.2. Altres normes protectores dels consumidors.**

##### **Especial referència a la contractació electrònica**

a) *La Llei 26/1991, de 21 de novembre, sobre protecció dels consumidors en el cas dels contractes signats fora dels establiments mercantils.* Es tracta d'una normativa d'origen comunitari que recull un conjunt de mesures per a la protecció del consumidor davant la impossibilitat de comparar la qualitat i el preu de l'oferta, la qual cosa pot determinar l'existència de pràctiques abusives.

b) *La Llei 22/1994, de 6 de juliol, de responsabilitat civil pels danys causats per productes defectuosos.* És una normativa d'origen també comunitari que estableix un règim de responsabilitat objectiva: el fabricant tan sols pot exonerar-se de la seva responsabilitat per danys en els supòsits concrets que s'hi estableixen.

c) *La Llei 7/1995, de 23 de març, de crèdit al consum.* Mitjançant aquesta llei s'incorpora al dret espanyol la Directiva comunitària sobre protecció als consumidors en la publicitat, en el contingut, la forma i els contractes de crèdit al consum, la qual cosa significa adequar la normativa general de protecció als consumidors a aquest sector econòmic concret.

d) *La Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç minorista.* En aquesta llei s'estableixen unes regles de joc per al sector de la distribució i es regulen noves fórmules contractuals com la venda a distància. Es posa un èmfasi especial en la protecció del consumidor reconeixent-li el dret a desistir lliurement del contracte signat en un termini de set dies des de la data de recepció del producte o del servei. El règim de les vendes a distància, regulat en aquesta llei, s'aplica per a la protecció dels consumidors en la contractació electrònica.

e) *La Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació.* Quan aquestes apareixen en les relacions entre empresaris i consumidors s'exigeix que siguin conegudes, redactades de manera transparent, amb claredat, concreció i senzillesa, i que no siguin abusives. El Reial decret 1.906/1999, de 17 de desembre, regula la contractació telefònica o electrònica amb condicions generals, és a dir, els contractes signats a Internet quan incorporen condicions generals de la contractació.

En relació amb la contractació electrònica, cal assenyalar que la Posició comuna (CE) núm. 22/2000, de 28 de febrer de 2000, i concretament la Directiva del Parlament Europeu i del Consell 2000/31/CE relativa a determinats aspectes jurídics de la societat de la informació, i en particular del comerç electrònic en el mercat interior, ha tingut una cura especial a regular la protecció dels consumidors en l'anomenat *comerç electrònic*.

### 4.3. Tres moments de la protecció dels consumidors

#### 4.3.1. El dret de la competència i la repressió de l'engany

En l'àmbit del dret de la competència, conformat per l'ampli conjunt de normes la finalitat primordial de les quals és garantir l'exercici de l'activitat empresarial en el mercat en condicions de lliure concurrència, es dedica també una atenció especial a la protecció dels consumidors i usuaris. En bona mesura, la necessària tutela dels interessos dels consumidors, considerats com a col·lectiu, constitueix un element inescindible de l'ordenament jurídic de la competència. Des d'aquest punt de vista, la protecció dels consumidors opera com a límit en el desenvolupament natural de la lluita concurrencial en el mercat.

La importància d'aquest factor, en el context normatiu de referència, s'ha posat en relleu en diverses manifestacions de la nostra legislació més recent, tributària sempre del dret comunitari vigent en la matèria. Així, caldria destacar, per ordre cronològic, les lleis següents:

- En primer terme, la Llei 17/2001, de 7 de desembre, de marques. Com s'indica a l'inici de l'exposició de motius d'aquesta llei, les marques constitueixen un important mecanisme de protecció dels consumidors. Com a signes **distintius** dels productes o serveis oferts en el mercat per cada empresari, la funció essencial de les marques és evitar qualsevol confusió o risc d'associació per part dels consumidors quant a l'origen i procedència d'aquests productes o serveis.
- En segon lloc, la Llei 17/2001, de 7 de desembre, general de publicitat. En aquesta llei es qualifica d'enganyosa –i, per tant, d'il·lícita– la publicitat que –de la manera que sigui, inclosa la presentació– indueixi o pugui induir a error els destinataris –és a dir, els consumidors o usuaris– i pugui afectar-ne el comportament econòmic (art. 4). També es declara il·lícita la publicitat **subliminal**, definida com la que, mitjançant tècniques de producció d'estímuls, pot actuar sobre el públic destinatari sense ser percebuda conscientment (art. 7).
- Finalment, la Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial, on la tipificació dels actes i comportaments considerats deslleials –i, per tant, prohibits–, i també la incorporació d'un conjunt de mecanismes jurídics per al restabliment de l'ordre competencial reverteixen –de manera immediata, en uns casos, i de manera mediata, en d'altres– en benefici dels consumidors i usuaris.

#### Evolució de la protecció dels consumidors

1. El dret de la competència i la repressió de l'engany: mitjançant diverses lleis col·laterals (lleis de marques, de publicitat...) s'estableix un sistema per a evitar publicitat enganyosa o confusa de manera que, indirectament, es protegeixen els consumidors.
2. Les condicions generals dels contractes: el legislador introdueix en determinats sectors (assegurances, banca...) obligacions per a les companyies de fer més entenedor el llenguatge, ressaltar les clàusules restrictives de dret o perjudicials...
3. Responsabilitat extracontractual del fabricant: el legislador estén la responsabilitat fins que es converteix en responsabilitat objectiva.

#### 4.3.2. Les condicions generals dels contractes

Com ja s'ha dit anteriorment, les condicions generals dels contractes són una manifestació genuïna del tràfic negocial massiu que es desenvolupa en deter-

minats sectors de l'activitat mercantil (banca, assegurances, transport, etc.). Es tracta de condicions típiques i inamovibles la imposició unilateral de les quals, per part de les empreses, comporta una severa restricció de l'autonomia privada de la voluntat de la part contractant més dèbil, és a dir, del consumidor.

L'art. 1.1 de l'LCGC estableix que són condicions generals de la contractació les clàusules pre-disposades, la incorporació de les quals hagi estat imposada per una de les seves parts, amb independència de l'autoria material d'aquestes, de la seva aparença externa, de la seva extensió i de qualsevol altra circumstància, que hagin estat redactades amb la finalitat de ser incorporades a una pluralitat de contractes.

Davant d'aquesta realitat i dels perills potencials que l'acompanyen, s'han arbitrat unes quantes mesures defensives en l'àmbit legal. Les més rellevants, ordenades cronològicament i per sectors, són les següents:

**a)** En l'àmbit de les assegurances privades, l'article 3r. de la Llei 50/1980, de 8 d'octubre, del contracte d'assegurança. D'acord amb aquest article,

les condicions generals, que en cap cas no podran tenir caràcter lesiu per als assegurats, l'assegurador les haurà d'incloure en la proposició d'assegurança, si n'hi hagués, i necessàriament en la pòlissa del contracte o en un document complementari, que signarà l'assegurat, a qui se'n lliurarà una còpia. Les condicions generals i particulars es redactaran de forma clara i precisa. Es destacaran de forma especial les clàusules limitatives dels drets dels assegurats, que hauran de ser acceptades específicament per escrit. Les condicions generals del contracte estaran sotmeses a la vigilància de l'Administració pública en els termes previstos per la Llei.

**b)** En l'àmbit de la contractació en general, l'article 10 de l'LGDCU estableix amb caràcter imperatiu que

les clàusules, condicions o estipulacions que s'apliquin a l'oferta o promoció de productes o serveis, i les clàusules no negociades individualment relatives a aquests productes o serveis [...] hauran de complir els requisits següents:

- a) Concreció, claredat i senzillesa en la redacció [...]
- b) Lliurament, excepte en cas de renúncia de l'interessat, de rebut, justificant, còpia o document acreditatiu de l'operació [...]
- c) Bona fe i just equilibri entre els drets i les obligacions de les parts, la qual cosa exclou en tot cas la utilització de clàusules abusives.

Aquest darrer requisit enunciat exclou directament tota possibilitat de consignar clàusules abusives, limitacions absolutes de responsabilitat davant del consumidor o usuari, renúncies a drets reconeguts per la llei, etc. (art. 10 bis LGDCU).

A més, cal assenyalar que l'article 8 LCGC declara la nul·litat de les condicions generals no ajustades a la Llei, i s'estableix la creació d'un registre de condicions generals de contractació (art. 11 LCGC), per a permetre, entre d'altres, la realització efectiva de l'acció de nul·litat esmentada anteriorment.

**c)** En el sector de la negociació borsària, les mesures protectores dels inversors, com a consumidors de productes financers, establertes per la Llei 24/1988, de 28 de juliol, del mercat de valors i normativa que la desenvolupa.

**d)** Finalment, en l'àmbit de la contractació bancària, les disposicions legals i reglamentàries dictades recentment per a protegir els clients (obligacions d'in-

formació i transparència en les condicions dels crèdits, aplicació dels tipus d'interès, cobrament de comissions i recàrrecs, institucionalització de la figura del defensor del client, etc.).

#### **4.3.3. La responsabilitat extracontractual del fabricant.**

##### **Especial atenció a la Llei 22/1994, de 6 de juliol, de responsabilitat civil pels danys causats per productes defectuosos**

Una de les manifestacions més extremes del poder empresarial en el mercat –i de la desigualtat jurídica en què es tradueix– és la inserció en les condicions generals de **clàusules d'exoneració de responsabilitat civil** davant els consumidors i usuaris.

Les primeres reaccions normatives davant l'abús inherent a aquestes clàusules es produeixen a partir de l'LGDCU (1984). En primer terme, amb l'article 10.1, que declara radicalment nul·les les clàusules de limitació absoluta de responsabilitat civil. En segon lloc, mitjançant la introducció en els articles 25 i següents d'un règim rigorós de responsabilitat dels fabricants pels danys i perjudicis causats als consumidors, règim de responsabilitat del qual es desprèn una acusada tendència objectivadora.

L'últim pas normatiu en el camí de l'objectivació de la responsabilitat civil dels empresaris davant els consumidors l'assenyala la promulgació de la Llei 22/1994, de 6 de juliol, de responsabilitat civil pels danys causats per productes defectuosos. Aquesta llei, que té per objecte adaptar la legislació interna a la Directiva 85/347/CE, estableix un règim de **responsabilitat objectiva**, encara que no de manera absoluta. En efecte, l'article 6è. de la Llei preveu, bé que amb caràcter excepcional, una sèrie de circumstàncies la concurrència de les quals pot determinar l'exoneració de responsabilitat del fabricant. A més, segons l'article 9è., la responsabilitat del fabricant "es podrà reduir o suprimir, d'acord amb les circumstàncies del cas, si el dany causat fos degut conjuntament a un defecte del producte i a la culpa del perjudicat".

#### **El principi general,...**

... sigui en el cas que sigui, és el de responsabilitat dels fabricants pels danys causats a consumidors i usuaris pels defectes dels productes que fabriquen (art. 1). En coherència amb això, es declara la ineficàcia davant els perjudicats de les clàusules d'exoneració o de limitació de la responsabilitat civil prevista en la Llei (art. 14).

## **5. La protecció de l'activitat i de l'organització empresarial**

### **5.1. Fonament i finalitat de la protecció de l'activitat i de l'organització empresarial**

L'empresari necessita disposar de mitjans legals de defensa contra possibles atacs al lliure exercici de les seves activitats, als seus instruments d'actuació i a les seves possibilitats comercials. L'ordenament jurídic espanyol conté un conjunt de disposicions legals que responen clarament a aquesta finalitat. Com a normes tutelars més importants, cal destacar les que regulen els anomenats **drets de la propietat industrial**, que protegeixen, en general, l'exercici de l'activitat empresarial i l'ús exclusiu de la patent i dels signes distintius de l'empresa, i les que regulen el **dret de la competència**, integrat per dos conjunts normatius: el dret de defensa de la competència (que regula, preveu i sanciona les restriccions o limitacions imposades a la competència pels operadors econòmics mateixos) i el **dret de la competència deslleial** (que reprimeix i sanciona les conductes dels operadors econòmics que estableixen limitacions, no pas a l'ingrés o permanència en el mercat, sinó a les prestacions que realitzen).

Ambdues matèries, la propietat industrial i la competència, estan sotmeses a normatives diferents, però presenten indubtables vinculacions, la qual cosa en fa recomanable l'estudi conjunt, atès que en definitiva són normatives que centren l'interès en la protecció de l'organització empresarial i dels consumidors mateixos, per mitjà d'una millor ordenació d'aquestes matèries, i estan fonamentalment dirigides a evitar enganys o confusions en el mercat i a proscriure actes de competència que siguin contraris a les normes de la correcció i els bons usos mercantils.

### **5.2. La protecció de les creacions industrials, de la innovació tecnològica i de la propietat intel·lectual**

#### **5.2.1. Significat i funció del sistema de patents.**

##### **La Llei 11/1986, de 20 de març, de patents.**

##### **Protecció internacional de les creacions industrials**

El dret de les invencions industrials està integrat per dos sistemes –el **sistema de patents** i el **sistema de certificat d'autor**, essent aquest últim un sistema marginal– que es proposen les mateixes finalitats: el foment de la investigació, la revelació de les invencions i la difusió de la tecnologia patentada, i la posada en pràctica de les invencions patentades imposant al seu titular l'obligació d'explo-  
tar-les.

El sistema de patents és el que han adoptat els països occidentals i parteix del principi que aquestes finalitats es poden aconseguir de manera òptima atribuint a l'inventor un monopoli d'exploració temporal de la invenció patentada que li permeti rescabalar-se de les inversions realitzades per mitjà de preus de monopoli.

La Llei de patents de 1986 protegeix les invencions industrials mitjançant les **patents d'invenció** i els **models d'utilitat**. Aquesta llei ha fet modernitzar la normativa sobre aquesta matèria, les principals innovacions de la qual són les següents:

- a) Reestructura les modalitats de protecció de les invencions i configura de manera diferent la regulació de les patents d'invenció i dels models d'utilitat.
- b) Atorga una protecció més gran a les patents, no solament pel que fa al contingut dels drets que confereix, sinó també pel que fa a les accions judicials previstes per a la seva tutela.
- c) Introdueix una regulació nova sobre els drets que corresponen a l'inventor, sobre les invencions laborals i la transmissió de les patents i llicències contractuals.
- d) Modifica el sistema de concessió de patents.

#### **La protecció internacional de les creacions industrials**

El dret de la propietat industrial, en regular institucions tendents a afavorir l'intercanvi de mercaderies i a potenciar el desenvolupament i la difusió de la tecnologia, ha donat lloc al fet que hi hagi una preocupació per harmonitzar les disposicions legals dels diferents països en aquest sector i per establir acords o tractats internacionals que resolguin o estableixin les bases per a una solució dels múltiples problemes que aquestes institucions causen en el tràfic econòmic internacional.

El primer conveni internacional que s'ha de destacar és el Conveni de la Unió de París, de 20 de març de 1883, l'última revisió del qual (1967) és la que està en vigor a Espanya i estableix les bases per a la instauració d'un sistema internacional de patents.

D'altra banda, el Conveni de Munic sobre la patent europea, de 5 d'octubre de 1973, estableix un dret comú per als estats contractants en matèria de concessió de patents d'invenció. Finalment, en el nostre país, va entrar en vigor el Tractat de cooperació en matèria de patents (PCT) d'àmbit mundial que estableix un procediment internacional per a la concessió de patents. El joc combinat del Conveni de Munic i del PCT dona lloc a l'anomenat sistema Euro-PCT.

### **5.2.2. El concepte de patent. Requisits de patentabilitat i procediment de concessió**

**Concepte de patent:** s'entén per patent tant el dret que garanteix a l'inventor el gaudi exclusiu dels resultats industrials de la seva invenció com el títol de propietat industrial que es concedeix a aquest efecte (veg. art. 1 de la Llei de patents).

**Requisits de patentabilitat:** d'acord amb l'article 4.1 de l'LP, "són patentables les invencions noves que impliquin una activitat inventiva i siguin susceptibles d'aplicació industrial".

La patent exigeix, per tant, un conjunt de requisits, els uns de caràcter positiu i els altres de caràcter negatiu. Són els requisits següents:

Pel que fa als requisits positius i absoluts de patentabilitat, consisteixen en el fet que l'objecte sigui una **invenció** i, a més, que aquesta invenció sigui de **caràcter industrial**. La Llei no defineix què és una invenció, però sí que assenya-la alguns supòsits (art. 4.2 de l'LP) en què a l'efecte de les seves normes no es consideraran invencions, per exemple, els mètodes de tractament quirúrgic del cos humà o animal.

D'altra banda, l'article 9 de l'LP estableix que una invenció es pot considerar susceptible d'aplicació industrial quan l'objecte es pot fabricar o utilitzar en qualsevol classe d'indústria, l'agrícola inclosa.

L'LP afegeix, a més, dos requisits (positius) comparatius, com són la **novetat** i l'**activitat inventiva**. Una invenció és nova quan no està compresa en l'estat de la tècnica (tot el que abans de la data de presentació de la sol·licitud de patent s'ha fet accessible al públic a Espanya o a l'estranger). El requisit de l'activitat inventiva concorre si la invenció no resulta de l'estat de la tècnica d'una manera evident per a un expert en la matèria.

Finalment, quant als requisits negatius o exclusions de patentabilitat, l'article 5 de l'LP exclou la patentabilitat de determinades invencions encara que ho siguin.

**Procediment de concessió de la patent:** per a l'obtenció d'una patent caldrà presentar una sol·licitud que ha de contenir determinades mencions, entre les quals destaca la "descripció de l'invent per al qual se sol·licita la patent". La Llei ha previst dos procediments de concessió de les patents: un de general i un altre d'especial. El **general** s'aplica a totes les sol·licituds de patents. Conforme a aquest procediment, l'Oficina de Patents examinarà si la sol·licitud de patent reuneix els requisits formals establerts per la Llei, si la invenció té caràcter industrial i si és una novetat manifesta i notòria. En el cas de procediment **especial**, se segueixen els tràmits del general i, a més, els tercers es podran oposar al fet que l'Oficina concedeixi la patent, al·legant que falta qualsevol dels requisits per a aquesta concessió.

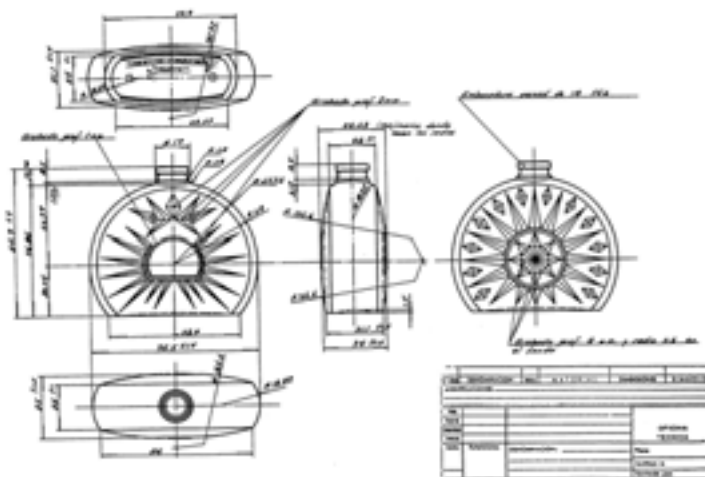
### **5.2.3. El model d'utilitat. Models i dibuixos industrials i artístics. Protecció jurídica d'altres innovacions i creacions: obtencions vegetals i topografies de productes semiconductors o circuits integrats**

**Concepte de model d'utilitat:** és una modalitat per mitjà de la qual es protegeixen invencions que, essent noves, consisteixen a donar a un objecte una configuració, estructura o constitució de la qual resulti algun avantatge pràctic apreciable per al seu ús o fabricació.



Algunes de les especialitats dels models d'utilitat (respecte a les patents) són les següents:

- es concedeixen per deu anys improrrogables (en lloc dels vint anys que es concedeixen a les patents),
- es té en compte l'estat de la tècnica per a protegir el model d'utilitat que s'ha sol·licitat o no protegir-lo,
- s'estableix solament en la circumscripció nacional i no en la mundial com passa en les patents.



La protecció del **model i dibuix industrial** és prevista per l'Estatut de la propietat industrial (EPI) de 1929.

S'entén per **model industrial** tota creació de forma que té tres dimensions i que serveix de prototip o exemplar per a la fabricació d'un producte. El **dibuix industrial** és tot conjunt de línies i colors aplicables, amb finalitat comercial, a l'ornamentació d'un producte que conté només dues dimensions.

#### **Els models i dibuixos industrials i artístics...**

... integren les denominades *creacions de forma*, les quals no pertanyen a l'esfera de la tècnica com les invencions, sinó a l'òrbita de l'art industrial o art aplicat.

El registre dels **models i dibuixos industrials** (a l'Oficina de Patents i Marques) confereix al seu titular el dret exclusiu de fabricar i comercialitzar l'objecte sobre el qual recauen. Per a concedir-lo es requereix novetat absoluta i es dóna per deu anys prorrogables per deu anys més.

Finalment, s'entén per **models i dibuixos artístics** les reproduccions d'obres d'art que s'explotin amb una finalitat industrial. Tenen una protecció acumulada del dret d'autor i del dret industrial.

Quant a la **protecció jurídica d'altres innovacions i creacions**, s'han de destacar especialment els **circuits integrats**, ja que la creixent importància en els sectors avançats de la indústria dels anomenats *semiconductors* –i l'alt cost que implica dissenyar-los i la facilitat amb què es poden copiar– ha impulsat els països industrialitzats a protegir-los mitjançant el dret d'autor o de la propietat industrial.

#### **5.2.4. El secret industrial (know how).**

##### **Problemàtica de la transferència de tecnologia**

Els drets derivats de la patent, i també les tècniques de fabricació i els secrets industrials, com l'anomenat *know how*, es poden transmetre per tots els mit-

jans reconeguts en dret. Ara bé, l'LP dedica especial atenció a les **licències**, mitjançant les quals, en lloc de la transmissió plena del dret sobre la patent, s'autoritza l'explotació de l'objecte de la patent a un tercer. La Llei s'ocupa de les **licències contractuals**, les **de ple dret** i les **obligatòries**.

El Reglament de la CE núm. 2349/84 relatiu a l'aplicació de l'article 85.3 del Tractat de la CE en les licències de patents (que va entrar en vigor l'1 de gener de 1985), afronta la col·lisió entre les normes comunitàries protectores de la lliure competència i els contractes de licència de patent, i hi dona solució. Els contractes de transferència de tecnologia estrangera han quedat alliberats de la necessitat d'una autorització administrativa i han de complir solament les normes generals sobre transaccions econòmiques amb l'exterior.

### 5.2.5. La propietat intel·lectual i els seus aspectes mercantils. La protecció de les creacions publicitàries

El Text refós de la llei de propietat intel·lectual aprovat pel Reial decret legislatiu 1/1996, de 12 d'abril, protegeix una diversitat de béns immaterials (obres literàries, artístiques, programes d'ordinador, etc.) i està integrada per dos conjunts de drets: els drets morals i els drets d'explotació.

Són objecte de propietat intel·lectual totes les **creacions originals** literàries, artístiques o científiques, **expressades sigui en el mitjà o suport que sigui**, tangible o intangible, actualment conegut o que s'inventi en el futur.

Les **creacions publicitàries** (que implica idear i elaborar un projecte de campanya publicitària, una part d'aquesta campanya o qualsevol altre element publicitari), d'acord amb l'article 23 de la Llei general de publicitat (LGP), d'11 de novembre de 1988, es poden acollir també a les normes tutelars de l'LPI.

### 5.3. La tutela dels signes distintius

#### 5.3.1. Significat i funció dels signes distintius

Pel que fa als empresaris, a l'empresa i als béns i serveis que produeixen o mitjancen, han sorgit unes institucions típicament mercantils: els signes distintius de l'empresa, que són el **nom comercial**, el **rètol de l'establiment** i les **marques**. Els signes distintius són **béns immaterials** pel fet de ser creacions intel·lectuals que concedeixen al seu titular el dret exclusiu i exclouent de la utilització.



#### Crackers i hackers

S'anomenen pirates (*crackers*) les persones que dediquen esforços a saltar-se els obstacles per a accedir a xarxes d'ordinadors de manera il·legal i sense autorització per a obtenir-ne informació i generar problemes.

Els intrusos (*hackers*), en canvi, són persones que accedeixen sense autorització a una xarxa d'ordinadors per a comprovar-ne els sistemes de seguretat i analitzar les mancances detectades.

La **finalitat** d'aquests signes és distingir:

- l'empresari dels seus competidors,
- l'establiment de la seva empresa d'altres
- els productes o serveis que els empresaris produeixen, subministren o comercialitzen en el mercat dels productes de la competència.

Aquesta funció distintiva d'aquests tres signes es comprèn pensant que qualsevol empresari, en l'exercici de les activitats econòmiques en competència amb altres en el mercat, ha captat i consolidat una clientela i, per això, té l'interès, digne de tutela per mitjà de l'ordenament jurídic, de poder-se distingir dels seus competidors. D'una altra banda, als consumidors també els interessa evitar confusions respecte als productes i establiments de l'empresari en el mercat.

La **regulació legal** dels signes distintius és en la Llei 17/2001, de 7 de desembre, de marques, que deroga la llei anterior de l'any 1988. La nova regulació reforça la posició del titular de la marca, dóna agilitat als procediments relacionats amb aquesta i varia el tipus de protecció dispensada als rètols dels establiments. Així mateix, la nova regulació ha mirat de donar resposta a la Sentència dictada pel Tribunal Constitucional, en data 3 de juny de 1999, per la qual declara que són les comunitats autònomes les que tenen competència en matèria de propietat intel·lectual. La Llei de marques també conté regles destinades a adaptar el nostre dret a les mesures harmonitzadores adoptades en el si de la comunitat internacional. S'incorporen així les normes que permeten l'aplicació a Espanya del Protocol de Madrid relatiu al Registre Internacional de Marques, de 27 de juny de 1989; l'Acord de 15 d'abril de 1994, pel qual s'estableix l'Organització Mundial del Comerç (OMC) i, finalment, el Tractat sobre el dret de marques i el seu Reglament, de 27 d'octubre de 1994.

Pel que fa a la normativa comunitària, cal tenir en compte:

- la Directiva 89/104/CEE del Consell, de 21 de desembre de 1988, relativa a l'aproximació de les legislacions dels estats membres en matèria de marques i
- el Reglament CE 40/94 del Consell, de 20 de desembre de 1993, sobre la marca comunitària.

Aquest reglament ha creat un signe distintiu comunitari que estén els efectes a tot el territori de la Comunitat Europea. Moltes de les normes de l'actual llei de marques espanyola són tributàries d'aquest reglament.

### 5.3.2. La marca

#### Concepte i classes

L'article 4 de la Llei de marques defineix la marca com tot signe susceptible de representació gràfica que serveix per a distingir en el mercat els productes o serveis d'una empresa dels de les altres.

Per tant, la marca és el signe de diferenciació de productes o serveis que s'utilitzen per a tutelar els interessos dels empresaris, però també l'interès general dels consumidors.

Per a completar aquesta definició, cal tenir en compte, les prohibicions absolutes i relatives contingudes en la Llei pel que fa al registre de determinats signes com a marques (els que no tinguin caràcter distintiu, els que puguin induir el públic a error, els aplicats per identificar vins, els que reproduïxin una bandera política, etc.).

Les marques es poden classificar atenent a diferents criteris:

- Per la composició: marques nominatives, numèriques, gràfiques, sonores, tridimensionals o mixtes.
- Per l'objecte designat: marques industrials, comercials o de serveis.
- Pels seus titulars: marques individuals o col·lectives.
- Per l'àmbit de la protecció: marques nacionals o internacionals.

#### Contingut del dret de marca

La Llei declara que el titular de la marca registrada té el dret exclusiu d'utilitzar-la en el tràfic econòmic per a designar els seus productes o serveis, per a introduir-los en el mercat i per a utilitzar-la a efectes publicitaris. Aquest dret exclusiu és excoent, perquè el titular de la marca es pot oposar al fet que els tercers utilitzin la seva marca en el tràfic sense el seu consentiment. Aquest dret està protegit per un conjunt d'accions tant civils com penals que el titular pot exercir (art. 40 i 55 de la llei).

### 5.3.3. Indicacions de procedència i denominacions d'origen

Les designacions geogràfiques dels productes i serveis han estat sempre un bé immaterial protegit pel dret industrial, generalment mitjançant l'acció de competència deslleial per engany contra les falses indicacions d'origen. El règim de les denominacions d'origen, que reserva l'exclusiva de les denominacions als productors d'una determinada zona i que se sotmeten a unes determinades re-



La marca és un signe distintiu de l'empresa.



La denominació d'origen reserva l'exclusiva de les denominacions als productors d'una zona determinada.

gles de qualitat, aporta una més gran protecció. La protecció de les denominacions d'origen exigeix la col·laboració entre els estats i hi ha nombrosos convenis bilaterals amb aquesta finalitat.

#### 5.3.4. El nom comercial

És el signe que identifica l'empresari, en tant que aquest realitza una activitat econòmica, mercantil o industrial. A diferència de la marca, és un signe **necessari** que neix al mateix temps que l'explotació. Alhora el nom comercial ha de ser **únic**, ja que cap empresari pot fer servir diferents noms comercials per a designar la mateixa activitat econòmica.

La Llei de marques entén que el nom comercial designa tant l'empresari com l'empresa i per tant **no pot donar lloc a confusió** en el mercat, en el sentit que sigui igual o similar a altres signes distintius utilitzats. Per a apreciar si hi ha confusió o no, s'han de comparar objectivament el nom i els altres possibles signes de conflicte, tenir en compte l'àmbit territorial en què s'utilitza el nom comercial i el gènere d'activitat econòmica que s'identifica mitjançant aquest.

El nom comercial constitueix un element patrimonial de l'empresa, que té valor econòmic i substantivitat jurídica. A més, es pot utilitzar com a marca, però en aquest cas s'ha de registrar separatament.

Per a l'adquisició del dret al nom comercial, el principi general és que s'adquireix per la seva simple creació i ús en el mercat. Tanmateix, el titular d'un nom comercial registrat té més protecció, ja que l'article 90 de l'LM estableix que el registre concedeix al titular del nom comercial el dret exclusiu a utilitzar-lo en el tràfic en els termes previstos en la Llei.

Finalment, pel que fa a la seva transmissibilitat, la nova llei estableix el principi de lliure transmissió del nom comercial equiparant el seu règim al de la marca; amb l'anterior normativa només era possible cedir el nom comercial en el context d'una cessió de l'empresa a la qual pertanyia. En aquest ordre d'idees, l'art. 87.3 de la Llei declara aplicables al nom comercial les previsions relatives a les marques mentre no siguin incompatibles amb la seva naturalesa.

#### 5.3.5. El rètol de l'establiment

Una de les novetats importants introduïdes per la Llei de 2001 ha estat el canvi quant al règim de protecció del rètol de l'establiment.

El rètol d'establiment designava la seu física de l'establiment. La protecció dispensada per la legislació anterior a aquest signe distintiu es



El rètol serveix per a identificar l'establiment.

podrà fer valer, d'acord amb la llei de marques, mitjançant el registre d'una marca o nom comercial. Això és així perquè la nova normativa deriva la protecció d'aquesta modalitat de propietat industrial a les normes generals de competència deslleial.

## 5.4. La defensa de la lliure competència

### 5.4.1. Significat del dret de la lliure competència.

#### Funcions i fins

El dret de la competència es basa en el principi de llibertat de competència, especial component de la llibertat d'empresa en l'economia de mercat. Així, la competència és entesa com la confluència en el mercat de diferents empresaris que ofereixen béns o serveis i lluiten per la captació de la clientela i proveïdors. Aquest principi de llibertat d'empresa es basa en el lliure accés al mercat mitjançant la creació o adquisició d'una empresa. També es basa en la llibertat de permanència i d'actuació en el mercat i en la igualtat de tots els competidors o empresaris davant la llei. Si fa fallida algun d'aquests pressupòsits, s'atemporarà contra la llibertat de competència; llavors les normes que la tutel·len hauran d'entrar en joc.

El marc en què es desenvolupa la llibertat de competència no és un marc en què es doni una competència perfecta o pura. Aquesta competència pura no existeix perquè hi ha un intervencionisme de l'Estat de caràcter normatiu, i fins i tot de caràcter productiu, i perquè, a més, en el mercat hi ha grans unitats empresarials que hi influeixen i hi ha una tendència a l'abús per part del gran capital. Per això, s'ha de partir de la base que hi ha una competència imperfecta o practicable.

### 5.4.2. El dret de defensa de la competència de la Unió Europea

El dret de defensa de la competència o dret *antitrust* regula, preveu i sanciona les restriccions o limitacions imposades a la competència pels mateixos operadors econòmics.

En el dret comunitari europeu s'ha de distingir entre el **dret directe**, integrat per dos blocs normatius (art. 64 i seg. del Tractat de la CECA i art. 85 i seg. del Tractat de la CEE) i les normes del Tribunal de la Comunitat Europea (TCEE) dirigides als estats, i el **dret derivat**, que estaria integrat pel desenvolupament de les normes dels tractats mitjançant reglaments. A tot això s'han d'afegir les sentències del Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea (TJCE).

Centrant-nos en els articles 85 i 86 del TCEE, s'ha de destacar que l'article 85 conté una clàusula general de prohibició de les pràctiques col·lusòries, a més

#### El cas Iberia

Un dels problemes que ha d'afrontar actualment l'Estat espanyol és que té una estructura pública sobredimensionada (com el cas italià); des de l'entrada a la Comunitat Europea s'ha intentat reorganitzar i privatitzar la companyia aèria Iberia, que ha passat de ser una companyia amb guanys, a ser deficitària, cosa que ha provocat la intervenció de l'Estat. Això implica, de fet, la vulneració de les lleis de defensa de la competència, ja que si l'Estat ajuda una companyia perjudica les que hi competeixen.

de prohibir de manera concreta determinades actuacions (acords de fixació de preus, repartiments de mercats, etc.), i declara nuls de ple dret els acords o decisions que prohibeix. Tanmateix, a més d'aquestes normatives, l'article 85 preveu la possibilitat que hi hagi excepcions al principi prohibitiu i que es puguin concedir autoritzacions a aquestes pràctiques o conductes que en principi estarien prohibides, però que per a contribuir al progrés econòmic, tècnic i social es poden autoritzar.

Pel que fa a l'article 86, prohibeix els abusos de posició dominant en el mercat, tenint en compte un conjunt de supòsits concrets que implicarien que es produïssin aquests abusos.

### **5.4.3. La Llei 16/1989, de 17 de juliol, de defensa de la competència**

La Llei de defensa de la competència, l'exposició de motius de la qual declara que la competència és un element consubstancial del sistema d'economia de mercat, parteix de la realitat que la competència en el mercat és imperfecta o practicable. Per això, assenyala que el seu objectiu és garantir l'existència d'una competència suficient i protegir-la davant qualsevol atac o vulneració de l'interès públic. Per a això, la Llei s'inspira en les normes comunitàries sobre defensa de la competència.

La Llei conté dos tipus de normes: les **normes substantives**, que fan referència al contingut material de la Llei i a les sancions per incompliment dels seus preceptes (a més d'establir un control preventiu de les concentracions econòmiques que afecten o puguin afectar l'estructura de mercat i un règim repressiu de les pràctiques restrictives i abusives de la competència, també controlen les ajudes públiques a les empreses), i les **normes adjectives**, que regulen els òrgans de defensa de la competència, les qüestions de procediment i la matèria de recursos.

## **5.5. La repressió de la competència deslleial. El règim jurídic de la publicitat comercial**

### **5.5.1. Llibertat de competència i repressió de la competència deslleial. Examen de la Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial**

El dret subjectiu o llibertat de competència, com tots els drets, no s'ha d'exercir de manera abusiva. La llibertat de competència exercida amb abús en contra de l'interès social o en contra dels bons costums és competència il·lícita o deslleial.

A Espanya, la Llei de marques va tractar la competència deslleial amb senzillesa i criteris moderns, però amb excessiva concisió. La Llei general de pu-

blicitat 34/1988, d'11 de novembre, regula la publicitat deslleial. Finalment, la Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial, deroga les normes de la Llei de marques sobre competència deslleial i conté una extensa i minuciosa regulació d'aquesta matèria que, pel fet de regular també la publicitat i la seva major protecció material i processal, s'ha d'interpretar que ha derogat gairebé totalment la Llei general de publicitat.

El tret fonamental de la Llei de competència deslleial és que té per objecte la protecció de la competència en interès de tots els que participen en el mercat. És una llei d'aplicació a tots els operadors econòmics encara que no tinguin la condició d'empresaris (per exemple, els professionals lliures). La Llei estableix primer una clàusula general del que considera competència deslleial: "Es reputa deslleial tot comportament que resulti objectivament contrari a les exigències de la bona fe". Després, en l'articulat s'enumeren uns supòsits concrets d'accions que es consideren deslleials (actes que poden perjudicar o perjudiquen fonamentalment els competidors, actes que fonamentalment poden ser perjudicials per als consumidors i actes fonamentalment perjudicials per a l'interès general).

Perquè un acte sigui constitutiu de competència deslleial és necessari que reuneixi una sèrie de requisits que assenyala la Llei: que l'acte es realitzi en el mercat i amb finalitats concurrencials (art. 2), que l'acte o activitat sigui objectivament contrari a les exigències de la bona fe (art. 5), que l'acte o activitat sigui susceptible de produir un dany, i absència de voluntarietat o intencionalitat en l'acte, ja que n'hi ha prou que sigui una conducta contrària a les exigències de la bona fe.

### **5.5.2. Règim jurídic de la publicitat comercial. Examen de la Llei 34/1988, d'11 de novembre, general de publicitat**

L'article 2 de la Llei general de publicitat estableix que a efectes d'aquesta llei s'entendrà per publicitat el que en rigor és publicitat comercial, i no tota activitat publicitària. La Llei consta de quatre títols, el primer dels quals es refereix a les disposicions generals sobre la matèria de la publicitat. El segon títol regula la publicitat il·lícita, que és la que va dirigida contra la dignitat de la persona i contra els drets i valors reconeguts per la Constitució espanyola, especialment els relatius a la infantesa i joventut i a la dona. També considera com a publicitat il·lícita la publicitat enganyosa, la deslleial, la subliminal i la que infringeix normatives concretes que regulen la publicitat de determinats productes, béns o serveis (joc, tabac i alcohol, etc.). El tercer títol es refereix als subjectes de l'activitat publicitària (anunciants, agències de publicitat i mitjans de publicitat) i regula els diversos contractes publicitaris (contracte de publicitat, de difusió publicitària, de creació publicitària i de patrocini).

Finalment, el títol quart regula el procediment respecte a les transgressions d'aquesta llei. Les accions que es poden exercir contra la publicitat il·lícita són l'acció de cessació i l'acció de rectificació d'aquesta publicitat. Aquestes accions les



poden exercir, sia els òrgans administratius competents, les associacions de consumidors i usuaris, les persones que en resultin afectades, sia qualsevol persona que tingui un interès legítim. Ara bé, primer s'han de dirigir a l'infractor privadament perquè rectifiqui i, si no ho fa, es podrà recórrer a la jurisdicció ordinària i exercir qualsevol de les accions esmentades.


## 6. Dret concursal

### 6.1. Introducció al dret concursal. La fallida

#### 6.1.1. Noció, fins i examen del sistema concursal espanyol.

##### El concepte de fallida

Quan l'empresari no és capaç de produir béns o oferir serveis al mercat a costos competitiu i, en conseqüència, entra en una situació de crisi greu, es produeix el supòsit d'aplicabilitat de les normes que regulen la **fallida**. El terme fallida es fa servir com a sinònim de crisi més o menys greu de l'empresa, perquè ha arribat a una situació insostenible. Quan no és racionalment factible que el patrimoni de l'empresa pugui ser suficient per a pagar tots els creditors, llavors apareix la fallida com a procediment concursal per a la liquidació de l'empresa i el repartiment del que s'obtingui en la liquidació entre els seus creditors, els quals perceben, no la totalitat dels crèdits, sinó fins on arribi l'import de la liquidació. La conseqüència última és que l'empresa desaparegui com a tal i els recursos que utilitzava l'empresari es reassignin als creditors.

La finalitat del sistema concursal és satisfer els drets dels creditors, quan el deutor es troba en una situació d'insolvència greu. Ara bé, es tracta de repartir un patrimoni insuficient entre tots els creditors i això s'ha de fer d'acord amb determinades regles jurídiques que conté el sistema concursal, que, d'una manera sintètica, són que tots els creditors han de rebre un tracte igual tret que tinguin algun privilegi reconegut expressament per la llei. En definitiva, s'estableix una mena de comunitat de pèrdues entre els denominats creditors comuns, ja que cadascun d'ells solament rebrà una part proporcional del seu crèdit quan amb el patrimoni del deutor fallit no n'hi hagi prou. 

En sentit jurídic, el terme **fallida** té dos significats. D'una banda, es fa servir per a designar l'estat especial en què es troba l'empresari insolvent que cessa en els pagaments d'una manera general. Això implica que el deutor fallit perd la disposició i administració dels seus béns i queda inhabilitat per a l'exercici de l'activitat empresarial mentre no sigui rehabilitat. D'altra banda, la fallida és un procediment judicial regulat per un conjunt de normes ordenades per a la liquidació del patrimoni del fallit i el repartiment entre els creditors de l'import que s'obtingui en aquesta liquidació.

### **6.1.2. Els procediments paraconcursals. El principi de conservació i la reorganització de l'empresa. L'administració judicial d'empreses embargades**

Modernament el dret concursal es té en consideració amb una finalitat primordial de sanejament i no de liquidació, sempre que l'anàlisi econòmica de l'empresa indiqui que el valor de reorganització és superior al de liquidació i que és possible un repartiment equitatiu dels costos entre tots els interessats.

Per això, es posa especial èmfasi en les qüestions de la reorganització i l'administració de l'empresa en crisi a càrrec d'òrgans especialitzats al servei del sanejament de l'empresa. S'abandona el criteri que el sistema concursal solament té com a finalitat la defensa dels creditors, ja que, a més dels creditors, la conservació de l'empresa té com a finalitat la defensa d'altres interessats, com els treballadors, els inversors i, en definitiva, el mercat i l'economia en general.

Els procediments anomenats **paraconcursals**, que posen per sobre de tot l'interès públic en la conservació de l'empresa, exigeixen, no obstant això, una decisió motivada en la possibilitat de la reorganització de l'empresa. Ara bé, si qui adopta la decisió de substituir els administradors de l'empresa en crisi és una autoritat administrativa, som davant un procediment paraconcursal de solució de la crisi de l'empresa enfront dels denominats *procediments concursals*, en què les decisions les adopten els tribunals de justícia.

El Decret llei de 20 d'octubre de 1969, sobre administració judicial d'empreses embargades, s'ha substituït pels art. del 630 al 633 de la nova Llei d'enjudiciament civil (Llei 1/2000, de 7 de gener, l'entrada en vigor de la qual està prevista per al 7 de gener de 2001). Aquests preceptes regulen el règim de nomenament, facultats i forma d'actuació dels administradors designats judicialment quan s'embargui alguna empresa o grup d'empreses o quan s'embarguin accions o participacions que representin la majoria del capital social.

### **6.1.3. El tractament de la crisi per sectors: sector industrial, mercat del crèdit i mercat d'assegurances**

Quan la crisi de les empreses es generalitza en determinats sectors de l'economia, s'ha optat per establir una normativa que té en compte específicament solucions a la crisi de les empreses d'aquests sectors (així, per exemple, per al mercat del crèdit, per al mercat d'assegurances i també per al mercat industrial –especialment en aquest últim sector– s'ha utilitzat una combinació de mesures de reestructuració empresarial, fiscals i laborals amb la finalitat d'intentar el salvament de les empreses afectades en el sector industrial).

### 6.1.4. Els pressupòsits de la fallida

#### a) La condició d'empresari

El primer pressupòsit de la fallida és que el deutor tingui la qualitat d'empresari, ja que la institució de la fallida ha estat tradicionalment reservada als empresaris. Per al deutor civil insolvent i no empresari regeixen les normes establertes en el Codi civil per al concurs de creditors.

#### b) El pressupòsit objectiu (sobreseïment, insolvència i impotència patrimonial)

El pressupòsit objectiu consisteix en el fet que s'hagi produït un sobreseïment general en els pagaments per part de l'empresari deutor. Aquest sobreseïment equival al cessament en els pagaments. El sobreseïment o cessament general de pagaments normalment respon a una situació econòmica de desbalanç o insolvència definitiva. Dit d'una altra manera, el patrimoni del fallit no pot satisfer la totalitat dels deutes pel fet que el passiu és superior a l'actiu. Ara bé, sense insolvència definitiva i tot, també hi pot haver fallida, perquè, com que hi ha cessament general de pagaments, s'ha de decretar la fallida sense entrar a examinar si en el cas concret aquest cessament obeïa a una veritable situació econòmica d'insolvència definitiva.

#### c) La declaració judicial de fallida

La declaració judicial de fallida comporta que ha de ser dictada la corresponent resolució judicial que converteix una situació econòmica de sobreseïment i/o insolvència patrimonial en estat legal de fallida amb totes les seves conseqüències. La declaració judicial de fallida la pot instar el deutor mateix o un creditor legítim.

#### Oposició a la declaració de fallida

L'empresari declarat en fallida es pot oposar a la resolució judicial i, si demostra que no es reuneixen tots els pressupòsits de la fallida, és a dir, la condició de l'empresari i el pressupòsit objectiu, aquesta oposició prosperarà i la fallida serà revocada. Ara bé, perquè pugui prosperar l'oposició del deutor a la declaració de fallida, aquest deutor ha de provar, no que té prou béns per a pagar, sinó que no ha fet un sobreseïment en el pagament corrent de les seves obligacions. L'empresari deutor que té prou patrimoni per a atendre els seus creditors, però que no disposa de liquiditat en el moment que li són exigits els crèdits, s'ha d'acollir a l'expedient de suspensió de pagaments, perquè en cas contrari quedarà sotmès a un procediment de fallida encara que tingui prou béns per a satisfer els deutes.

#### Pressupòsits de fallida

1. **Condició d'empresari:** la norma s'estableix si el deutor és un empresari; no és possible que un particular insti la pròpia fallida.
2. **No pagament:** per a instar aquesta figura s'ha d'acreditar un sobreseïment general dels pagaments, una situació d'insolvència patrimonial i una impotència clara per a liquidar els deutes.
3. **Declaració judicial:** la fallida només existeix quan el jutge ho estableix així, és l'única persona que pot determinar si la situació és suspensió de pagaments, fallida...

## Les classes de fallida

La fallida **fortuïta** és la que s'esdevé per infortunis de l'empresari que, havent-se d'estimar causats en ordre regular i prudent d'una bona administració mercantil, redueixen el seu capital a l'extrem de no poder satisfer totalment o en part els seus deutes.

La fallida es considerarà **culpable** quan es doni alguna de les circumstàncies següents:

- si el fallit hagués fet despeses excessives;
- si hagués experimentat pèrdues en el joc o apostes superiors al que sol aventurar un pare de família;
- si en els sis mesos anteriors hagués fet revendes d'efectes encara no pagats per sota del preu corrent;
- si en el període transcorregut des de l'últim inventari el fallit hagués estat devent per obligacions directes doble quantitat de l'haver líquid inventariat;
- quan no s'haguessin portat en regla els llibres de comptabilitat, quan no s'hagués demanat la declaració de fallida en trobar-se en una situació de cessament general de pagaments i quan l'empresari s'absentés l'hora de fer la declaració de fallida.

La fallida es reputarà **fraudulenta** en els casos següents:

- quan l'empresari es quedi tots o part dels seus béns;
- quan s'incloguin en els balanços o en els llibres i documents comptables béns, crèdits de deutes, pèrdues o despeses suposades;
- quan no es portin llibres de comptabilitat o es portin amb alteracions o irregularitats en perjudici de tercers;
- quan en la comptabilitat i balanços es produeixin ocultacions d'actiu;
- quan se simulin alienacions;
- quan es cometin abusos de confiança en perjudici de tercers;
- quan s'anticipin pagaments en perjudici dels creditors;
- quan es reconeixin deutes suposats;
- quan s'abusi del crèdit i es giri a càrrec d'una persona sense provisió de fons o quan després de la declaració de fallida es distreguin béns de la massa.

Finalment, també es presumirà fraudulenta, tret de prova que digui el contrari, la fallida de l'empresari la veritable situació del qual no es pugui deduir dels seus llibres.

La qualificació de la fallida en una de les tres categories o classes a les quals s'ha fet referència l'ha de formular el jutge i això produeix conseqüències d'ordre penal. A més, la fallida fraudulenta no es podrà rehabilitar i, consegüentment, no es podrà tornar a exercir l'activitat empresarial.

### **6.1.5. Els òrgans de la fallida**

El procediment universal de fallida com a institució dirigida a regular els interessos de la totalitat dels creditors davant un únic deutor empresari necessita per al seu funcionament un conjunt d'òrgans instituïts per la llei a aquest efecte, que són:

a) **Òrgan jurisdiccional.** El jutge que declara la fallida i que tramita tot el procediment i a càrrec del qual queda tot un conjunt d'activitat de direcció i alta vigilància.

b) **Òrgan administratiu.** Integrat per les persones encarregades d'administrar els béns i drets del deutor i de representar l'empresa deutora i la massa de creditors en judici i fora de judici mentre duri el procediment de fallida. Inicialment el jutge mateix designa un dipositari que és substituït posteriorment pels síndics, els quals hauran de ser creditors i nomenats per aquests en la primera junta de creditors. Les seves facultats de gestió són molt àmplies, perquè han d'administrar i conservar el valor dels béns de la fallida i preparar les operacions necessàries per a la liquidació.

c) **Òrgan de vigilància i inspecció.** El comissari actua a manera d'enllaç entre els síndics i el jutge, i la seva missió fonamental és inspeccionar la tasca dels síndics, però, a més, exerceix per delegació del jutge certes funcions jurisdiccionals. El designa el jutge en dictar la resolució de la declaració de fallida.

d) **Òrgan deliberant.** La junta general de creditors és l'òrgan deliberant la intervenció del qual en el procediment es demana amb relació al coneixement del balanç i memòria presentada pel fallit, nomenament dels síndics, examen i reconeixement de crèdits, aprovació de comptes de la sindicatura i, en cas que es presenti un conveni, l'aprovació d'aquest.

### **6.1.6. L'empresa durant la fallida**

#### **a) Els efectes de la fallida sobre el deutor**

Bàsicament el deutor fallit queda inhabilitat per a l'exercici de qualsevol classe d'activitat empresarial i queda inhabilitat per a l'administració dels seus béns.

La inhabilitació es produeix en la mateixa resolució judicial de declaració de la fallida i a aquest efecte el jutge nomena un dipositari a qui es confia l'administració dels béns de l'empresari fallit.

#### b) Els efectes de la fallida sobre els creditors

El caràcter universal del procediment de fallida i la seva finalitat d'execució col·lectiva a fi de satisfer proporcionalment tots els creditors que no gaudeixin d'un dret de privilegi provoca la pèrdua o paralització de les accions individuals dels creditors per a fer efectius els seus crèdits contra el deutor. La substitució de les accions individuals o aïllades dels creditors contra el deutor per una acció conjunta o col·lectiva només es pot aconseguir agrupant els creditors en una col·lectivitat que la llei denomina **massa**, que alhora confereix als síndics (designats entre els creditors) la representació de la col·lectivitat. I especialment es produeix la denominada submissió a la llei del dividend, en el sentit que tots els crèdits es satisfaran mitjançant la liquidació del patrimoni del deutor fallit en la mateixa proporció.

#### Efectes de la fallida sobre:

- El deutor: la inhabilitació.
- Els creditors: pèrdua o paralització de les seves accions individuals i constitució de la massa de creditors.
- Els deutes: venciment i no meritació d'interès.

#### c) Els efectes de la fallida sobre els deutes i contractes pendents d'execució

Declarada la fallida, es donen per vençuts tots els deutes pendents del fallit i deixen de meritjar interès, tret dels crèdits hipotecaris i pignoratius. Amb relació als contractes pendents d'execució, s'han de distingir determinades situacions, com són aquelles en què, abans de la declaració de la fallida, el fallit hagi complert totes les obligacions derivades del contracte, ja que en aquest supòsit l'altra part haurà de complir segons el contracte com si la fallida no existís. Per contra, és possible que es resolguin aquells contractes que el fallit no pot complir totalment o parcialment precisament per la seva situació.

#### d) Les noves relacions jurídiques

Durant la tramitació de la fallida, atès que el fallit ha perdut el poder d'administració del seu patrimoni, serà l'òrgan d'administració de la fallida (el dipositari inicialment i els síndics una vegada que siguin nomenats i el substitueixin) qui podrà establir contractes amb tercers de manera que vinculin el patrimoni del fallit; tot això sota la supervisió de l'òrgan de vigilància de la fallida (el comissari).

### 6.1.7. La massa de la fallida (massa activa). La reintegració i la reducció de la massa. Examen de l'abast de la regla *par conditio creditorum*. La formació de la massa de creditors (*massa passiva*)

La **massa activa** de la fallida està constituïda per un conjunt de béns, drets i accions pertanyents a l'empresari deutor fallit. Per a la delimitació de la massa són

necessàries unes operacions de reintegració de la massa, consistents a portar a la massa tots els béns que hi hagin de figurar i unes operacions de reducció consistents a extreure o separar de la massa els béns que no hi hagin de figurar pel fet de no pertànyer realment al fallit o perquè no han de servir les satisfaccions de tots els creditors, sinó solament d'aquells que hi tinguin un especial dret o privilegi.

Atès que la fallida sol anar precedida d'un període més o menys llarg en el qual l'empresari tracta lògicament de sortir de la crisi i durant el qual pot realitzar operacions, perquè l'empresari encara conserva l'administració dels seus béns, perjudicials per a tots els creditors i beneficioses per a alguns, la institució de la fallida surt al pas d'aquesta situació amb la denominada **reintegració de la massa**: es declaren nuls determinats actes i operacions del fallit pel fet d'estar compresos en el període de retroacció de la declaració de fallida fixat pel jutge o per haver estat realitzats en determinats períodes anteriors a la declaració de fallida que la llei assenyalava i també quan es tracti de negocis realitzats en determinats períodes anteriors a la declaració de la fallida, amb la prova prèvia que hi hagi hagut ànim de defraudar els creditors.

La formació de la massa de creditors (**massa passiva**) és el conjunt d'actes que té com a finalitat la delimitació i formació de la llista de creditors amb especificació de si amb vista a fer efectiu el seu crèdit tenen algun privilegi o no. A aquest efecte es realitzen les operacions següents: examen i reconeixement dels crèdits, i la graduació dels crèdits, que vol dir establir l'ordre pel qual els correspon ser satisfets i determinar la respectiva posició, privilegiada o no, dels uns i dels altres.

La finalitat del sistema concursal és satisfer els drets dels creditors; però atès que generalment es tractarà de repartir un patrimoni insuficient entre tots, el dret concursal estableix unes regles jurídiques que tendeixen a garantir un tracte igual entre tots ells, tret dels creditors que tinguin algun privilegi reconegut per la llei. En aquest sentit, la regla *par conditio creditorum* assegura el principi d'igualtat entre tots els creditors d'un mateix deutor. El deutor respon amb tots els seus béns presents i futurs (art. 1911 Cco i els corresponents pel que fa a la responsabilitat de les societats) i cadascun dels creditors té el mateix dret que els altres a cobrar el seu crèdit. Si en una situació econòmica normal cobraria abans el creditor que exercités primer la seva acció, en un context de fallida, les accions particulars queden paralitzades i es forma una massa de béns en relació amb la qual regeix aquest principi d'igualtat en el cobrament: cap creditor no cobrarà abans que un altre, sinó que es liquidarà la massa activa i se satisfaran tots els creditors en la mateixa proporció –llei de dividend. Resten fora d'aquest esquema jurídic, regit pel principi d'igualtat en la satisfacció dels crèdits, els creditors privilegiats.

#### **Par conditio creditorum**

En un sistema concursal regeix el principi d'igualtat entre tots els creditors d'un mateix deutor, excepte els creditors privilegiats.

### **6.1.8. Les operacions de liquidació. El conveni de fallida.**

#### **Especialitats en cas de fallida de societats**

La liquidació de la massa activa de la fallida comprèn totes aquelles operacions dirigides a convertir en diners els béns, drets i accions que la integren. La fa-



llida com a procediment d'execució ordinària col·lectiva sobre els béns del deutor tendeix naturalment a la liquidació d'aquests béns per a satisfer els creditors.

L'alienació o liquidació dels béns i drets del deutor fallit correspon als síndics, però l'operació en garantia del conjunt dels creditors haurà de ser aprovada o no, fixant, en cas afirmatiu, el preu mínim que el comissari haurà de verificar. També cal ressaltar que, com a mesures precautòries en l'alienació en els béns i drets del fallit, s'estableix com a regla general la venda en subhasta pública.

La fallida no ha d'acabar necessàriament amb la liquidació i el seu repartiment entre els creditors. Precisament, basant-se en el principi de conservació de l'empresa, es permet l'establiment d'un conveni judicial entre el fallit i els creditors, i el contingut d'aquest conveni podrà consistir en diverses modalitats (així, per exemple, en un quitament, en una espera d'un període de temps més o menys llarg per al pagament total o amb quitament als creditors, en la cessió global d'actiu a un tercer i amb el preu obtingut pagar proporcionalment els creditors, etc.).

## 6.2. La suspensió de pagaments


### 6.2.1. Breu notícia del context històric d'elaboració de la Llei de suspensió de pagaments de 26 de juliol de 1922

Tradicionalment, en el dret concursal espanyol es diferenciava entre situació d'insolvència patrimonial, que exigia l'execució d'aquest patrimoni insolvent (fallida), i situacions en què els empresaris, tot i ser solvents, travessaven una situació de no-liquiditat (suspensió de pagaments). Però aquesta línia clara de divisió entre una institució concursal i una altra es trenca en el Codi de comerç de 1885, en admetre's que es pot constituir en suspensió de pagaments tant l'empresari que posseeix prou béns per a pagar tots els seus deutes com el qui no tingui recursos per a satisfer-los íntegrament. Encara que el 1897 es va tornar a la línia tradicional d'exigir per a la suspensió de pagaments tenir prou béns per a cobrir tots els deutes, la Llei de 26 de juliol de 1922 de suspensions de pagaments, que actualment continua vigent, estableix clarament que es poden acollir al benefici legal de la suspensió de pagaments tant els empresaris en situació de no-liquiditat transitòria com els qui estiguin en un estat d'insolvència o de patrimoni insuficient.

Actualment, el procediment de suspensió de pagaments s'ha transformat en un procediment preliminar de fallida. Això és així perquè a aquest benefici hi poden recórrer tots els empresaris en crisi econòmica, siguin quines siguin les causes de la impossibilitat d'afrontar els deutes en les dates dels venciments. Amb això s'ha produït l'efecte d'evitar en gran manera la fallida, la qual cosa beneficia el deutor, perquè la suspensió de pagaments elimina els rigorosos efectes personals que la declaració de fallida produeix i la liquidació de l'empresa. Però en molts supòsits beneficia també els creditors mateixos, ja que es tracta d'un procediment molt menys costós i més flexible que el de la fallida, que per-

#### La suspensió de pagaments...

... és una mesura encaminada a la protecció de l'empresari, ja que li permet fer una pausa per a refer-se econòmicament i poder satisfer els crèdits pendents. Hi ha suspensions de pagaments en què no es poden liquidar els deutes temporalment (no hi ha "massa monetària") però el patrimoni de l'empresa és més que suficient per a satisfer tots els crèdits; aleshores l'empresari pot demanar al jutge que declari la situació de suspensió de pagaments, reuneixi tots els creditors i negociï un conveni per a rebaixar les quanties i ajornar-ne el pagament. A la pràctica, malauradament, moltes suspensions de pagaments acaben en fallida.

met als creditors, en el supòsit de liquidació del patrimoni del deutor i tot, fer efectiu el cobrament de manera més ràpida i menys costosa. 

### **6.2.2. La noció de no-liquiditat en el Codi de comerç.**

#### **La llei especial i les nocions d'insolvència provisional i definitiva. Requisits de la suspensió de pagaments**

La Llei de suspensió de pagaments de 1922 utilitza el terme *insolvència* en un sentit ampli i així distingeix entre **insolvència provisional**, per a referir-se a aquells supòsits en què l'actiu és igual o superior al passiu, i **insolvència definitiva**, referida a aquells supòsits en què l'actiu és inferior al passiu.

Els requisits de la suspensió de pagaments coincideixen, en part, amb els pres-supòsits de la fallida, perquè s'exigeix la condició d'empresari i de deutor i una declaració judicial. Ara bé, el benefici legal de la suspensió de pagaments solament el pot sol·licitar el deutor, a diferència de la fallida, en què ho poden fer el deutor o els creditors.

La sol·licitud de suspensió de pagaments firmada pel deutor s'ha d'acompanyar dels documents següents: un balanç detallat del seu actiu i passiu o almenys un estat que reflecteixi en la mesura que pugui la seva situació patrimonial, el qual després s'haurà de completar; una relació completa dels creditors; una memòria expressiva de les causes que han motivat la suspensió de pagaments i els mitjans que té l'empresari per a pagar els dèbits; una proposició de pagament dels deutes; indicació de les sucursals, agències i representacions que tingui, i, quan la petició l'efectua una societat anònima o limitada, l'acord del consell d'administració ha d'anar acompanyat de la justificació que s'ha convocat la junta general de socis per a ratificar la petició. La sol·licitud i els documents esmentats s'han d'acompanyar dels llibres de comptabilitat de l'empresari, els quals es tornaran després d'haver practicat determinades diligències. El fet de no portar els llibres de comptabilitat opera com una sanció indirecta, ja que aleshores no es podrà sol·licitar la suspensió de pagaments i, si es declarés, la fallida podria ser declarada culpable o fraudulenta.

### **6.2.3. Efectes de la declaració de suspensió de pagaments sobre el deutor i els creditors**

Al contrari que en la fallida, durant la tramitació de l'expedient de suspensió de pagaments, l'empresari **suspès** no pateix restriccions de caràcter personal i conserva l'administració de la seva empresa, per bé que pot tenir les limitacions que en cada cas pot fixar el jutge que coneix de l'expedient de suspensió de pagaments, a més de quedar sotmès en l'administració de la seva empresa a la vigilància o control dels interventors judicials designats.

L'efecte essencial de la declaració de suspensió de pagaments sobre els **creditors** consisteix en la paralització de les seves accions individuals, ja que, mentre duri l'expedient de suspensió de pagaments, els creditors no podran procedir a l'execució separada i individual dels béns del suspès. Els creditors tampoc no podran sol·licitar la declaració de fallida del deutor empresari mentre es tramita la suspensió de pagaments.

#### **6.2.4. Desenvolupament del procediment. Els interventors judicials: noció i funcions**

La declaració de suspensió de pagaments no és immediata a la sol·licitud, perquè al començament del procediment el jutge es limita a ordenar la intervenció de les operacions del deutor i designa amb aquesta finalitat tres interventors judicials, els quals hauran d'emetre un dictamen sobre l'exactitud de l'actiu i del passiu i de l'estat de comptabilitat del deutor; llavors serà quan el jutge declararà la suspensió de pagaments.

La intervenció judicial té com a finalitat la garantia per als creditors i les funcions d'informació per al jutge. Les funcions de vigilància o control de totes les operacions del suspès impliquen que caldrà el concurs dels interventors per al cobrament i pagament que pretengui realitzar l'empresari deutor i també per a establir qualsevol contracte i per a continuar les operacions de la seva activitat empresarial.

En les seves funcions d'informació al jutge, els interventors judicials han de redactar un dictamen sobre l'exactitud de l'actiu i del passiu del balanç presentat pel deutor juntament amb la sol·licitud de l'estat de la comptabilitat del suspès i de la certesa o inexactitud de les causes de la suspensió al·legades en la memòria del deutor. També correspon als interventors lliurar una llista de creditors al jutge en vigílies de la celebració de la junta, que ha de deliberar i aprovar, si escau, el conveni.

Els creditors del suspès poden impugnar els crèdits inclosos pel deutor en la seva relació o demanar-ne la inclusió en la llista, en el supòsit que no hi siguin, o la inclusió de crèdits en la relació dels qui tenen dret d'abstenció.


#### **6.2.5. El conveni**

Mentre que en la fallida la manera natural d'acabar és la liquidació del patrimoni de l'empresari deutor, en la suspensió de pagaments tot l'expedient està dirigit a la celebració d'una junta de creditors amb el suspès, presidida pel jutge, per a intentar l'establiment d'un conveni.

Un cop que els interventors judicials han emès el dictamen sobre l'actitud de l'actiu i del passiu i de l'estat de comptabilitat del deutor i de la certesa o inexactitud de les causes de la suspensió al·legades en la memòria, el jutge que tramita l'expedient ha de declarar si l'empresari deutor està en un estat d'"insolvència provisional" (quan l'actiu és igual o superior al passiu) o d'"insolvència definitiva" (quan l'actiu és inferior al passiu). En el primer supòsit, haurà de convocar immediatament la junta de creditors, mentre que, en el segon cas, cal esperar a veure si el suspès o els creditors que representen almenys dues cinquenes parts del passiu sol·liciten que es faci el sobreseïment de l'expedient o es declari la fallida. Únicament quan hagi transcorregut el termini establert perquè el deutor i els creditors puguin demanar el sobreseïment de l'expedient o la declaració de fallida i no ho hagin fet, es convocarà, malgrat la declaració d'insolvència definitiva, la junta de creditors.

A la junta de creditors hi ha de concórrer necessàriament el suspès, ja que altrament no hi podrà haver conveni. Tots els creditors que figurin en la llista de creditors tenen la facultat de concórrer a la junta per a participar en el debat i votació sobre el conveni. Ara bé, no s'exigeix l'acord unànim de tots els creditors, sinó d'unes majories en funció del tipus de conveni que s'examini.

Aconseguides les majories de creditors exigides per la Llei per a l'aprovació del conveni, aquest conveni no queda automàticament aprovat perquè el poden impugnar els creditors que no hi hagin assistit, els qui hi hagin votat en contra i fins i tot els creditors omesos indegudament de la llista de creditors. Les impugnacions del conveni les resoldrà el jutge que entengui en la suspensió de pagaments.

Un cop aprovat, el conveni obliga tots els creditors, fins i tot els qui hi han votat en contra. En el supòsit que el deutor incompleixi el conveni aprovat, qualsevol creditor en podrà demanar la rescissió i la declaració del jutge que havia conegut de la suspensió de pagaments. 

## Resum

El dret mercantil neix com un dret especial –diferent del dret comú o civil–, per a regular l'activitat d'un grup social molt determinat, els comerciants –dret de caràcter professional. Aquestes normes recullen les pràctiques i els usos mercantils habituals –dret consuetudinari– i van ser objecte de codificació en el segle XIX, moment en què cal destacar la tendència vers l'objectivació d'aquesta branca del dret que va passar a ser el dret del tràfic comercial.

Amb el capitalisme industrial, emergeixen les grans empreses i es massifica la producció; el comerciant esdevé empresari i la realització d'actes de comerç en massa produeix una important expansió en l'aplicació de les normes mercantils. La condició d'empresari mercantil té com a principal conseqüència jurídica la submissió d'aquest a una disciplina especial, l'estatut de l'empresari, que comporta dos deures fonamentals: el d'inscripció d'aquest al Registre Mercantil, i també dels seus actes, i el de portar una comptabilitat ordenada adequada a l'activitat que realitza. Aquest estatut jurídic es completa amb el tractament de les crisis empresarials per mitjà de dos procediments especials –la fallida i la suspensió de pagaments– diferents dels propis de les persones que no tenen la condició d'empresaris. Però l'acumulació de poder econòmic per part de les empreses es tradueix en un desequilibri de forces entre les parts contractants, quedant els consumidors relegats a una posició subordinada. El model capitalista sense intervenció pública dona pas a un sistema intervencionista que procura regular el mercat, tutelar l'exercici de l'activitat empresarial i, posteriorment, protegir els interessos dels consumidors. El dret mercantil passa a ser el dret de l'empresa en el marc d'una economia de mercat.

Això ens ha dut a tractar, juntament amb les matèries referents a l'accés –estatut de l'empresari– i la cessació –dret concursal– de l'empresari, d'altres referents a l'exercici de la seva activitat. L'activitat econòmica desenvolupada per empreses i empresaris es produeixen en el mercat, on s'entrecreen l'oferta i la de demanda de béns i serveis. L'element que defineix el mercat és la competència i es fa imprescindible –en una economia de mercat– una tutela institucional d'aquesta. El dret de la competència, entre d'altres, inclou la defensa dels consumidors i usuaris, que d'una a altra manera quedarien relegats a una posició subordinada. I podem dir que també la competència resulta afectada per la propietat industrial, disciplina protectora de les invencions o creacions de l'home vinculades a l'exercici de l'activitat empresarial, perquè aquest dret limita la competència respecte de l'explotació del bé immaterial que protegeix.

Un cop estudiat el contingut d'aquest mòdul, podem entendre que el dret mercantil és una disciplina d'abast ampli que recull un conjunt de normes en què es barregen el dret públic i el dret privat i atès el caràcter dinàmic del dret,

han estat objecte d'una legislació mercantil especial o complementària que, conjuntament amb el Codi de comerç de 1885, constitueixen la font principal d'aquest ordenament –la llei mercantil–, sense oblidar l'existència d'un ordenament d'origen supraestatal, conseqüència de la incorporació d'Espanya a la Unió Europea que ha generat, i generarà, nombroses directives i reglaments en aquesta matèria.