

El estatuto jurídico del empresario mercantil

José Machado Plazas

PID_00144424

Índice

Introducción	5
Objetivos	6
1. El empresario mercantil	7
2. El estatuto jurídico del empresario mercantil	11
3. La publicidad legal mercantil	12
3.1. Noción, orígenes y funciones del Registro Mercantil	12
3.2. El sistema organizativo del Registro Mercantil	13
3.3. El principio de legalidad y la función calificadora del registrador	14
3.4. Los principios del Registro Mercantil	17
3.4.1. Principio de obligatoriedad	17
3.4.2. Principio de titulación pública	18
3.4.3. Principio de legalidad o de calificación	18
3.4.4. Principio de presunción de exactitud del Registro o de legitimación	18
3.4.5. Principio de fe pública registral. Principio de no convalidación	19
3.4.6. Principio de prioridad	20
3.4.7. Principio de tracto sucesivo	20
3.4.8. Principio de rogación	20
3.4.9. Principio de publicidad formal	20
3.4.10. Principio de oponibilidad (publicidad material)	24
3.5. Los sujetos obligados a inscripción. La inscripción potestativa del empresario individual	25
4. La contabilidad del empresario mercantil	28
4.1. La función informativa de la contabilidad mercantil	28
4.2. El deber de contabilidad	28
4.3. Los libros obligatorios de contabilidad del empresario	29
4.3.1. Los libros obligatorios de contabilidad	29
4.3.2. Los requisitos formales de llevanza de la contabilidad	30
4.3.3. Secreto contable y valor probatorio de la contabilidad	31
4.4. Las cuentas anuales	32
4.4.1. Finalidad y normas de formulación de las cuentas anuales	32

4.4.2. Los principios contables	35
4.4.3. Las cuentas anuales consolidadas	39
4.4.4. La auditoría de las cuentas anuales del empresario mercantil individual	39
5. La representación mercantil.....	41
5.1. Los auxiliares del empresario mercantil	41
5.2. Clases de auxiliares del empresario	42
5.3. El factor como apoderado general	42
5.4. Los dependientes y mancebos como apoderados singulares	48
Resumen.....	51
Ejercicios de autoevaluación.....	53
Solucionario.....	54
Bibliografía.....	55

Introducción

El presente módulo tiene como objeto el estudio del estatuto jurídico del empresario mercantil, integrado por normas especiales que justifica la actividad empresarial que realiza en el mercado. Estas normas atienden específicamente a reglas sobre la capacidad de obrar y a la actividad empresarial de la persona casada, a la inscripción en el Registro Mercantil, a la llevanza de la contabilidad y a la sumisión del empresario a un régimen normativo especial de solución de la crisis empresarial (concurso de acreedores).

Este régimen especial surge históricamente en atención a la actividad empresarial en relación con terceros, sobre la base del crédito y la confianza y el interés de éstos en los resultados de la empresa.

Se trata, por tanto, de una normativa que pretende asegurar, en definitiva, la racionalidad, transparencia y responsabilidad del empresario en el cumplimiento de sus obligaciones.

Objetivos

Tras el estudio de la materia objeto de este módulo, es importante que tengáis claros los siguientes puntos:

1. La noción de empresario mercantil individual y social.
2. La publicidad legal como función institucional básica del Registro Mercantil en aras de la seguridad del tráfico mercantil.
3. El funcionamiento del Registro Mercantil y los principios registrales.
4. Los sujetos que están obligados a inscribirse en el Registro Mercantil y las consecuencias que tiene el hecho de que la inscripción del empresario individual sea potestativa.
5. La función informativa de la contabilidad mercantil como instrumento externo de información de la evolución y situación patrimonial y financiera de la empresa.
6. Los documentos que integran las cuentas anuales y los principios contables.
7. Las especialidades de la representación mercantil del empresario a través del factor como apoderado general y de los dependientes y mancebos como apoderados singulares.

1. El empresario mercantil

El empresario es la persona física o jurídica que ejercita, en nombre propio, una actividad económica de producción o de distribución de bienes o de servicios en el mercado. Como resultado de la actividad organizada y planificada que desarrolla, por sí mismo o por medio de sus representantes, el empresario afronta el riesgo de empresa. Frente a terceros, el empresario es quien responde de las deudas con todos sus bienes, presentes y futuros (art. 1911 CC). En atención a esa asunción del riesgo de empresa, él es el destinatario exclusivo de los beneficios que deriven de la actividad económica que desarrolla en el mercado.

La actividad económica de producción o de distribución de bienes o de servicios en el mercado puede desarrollarla una persona física o una persona jurídica. Cualquier persona física mayor de edad y capacitada para regirse por sí misma cumple con los requisitos exigidos por el legislador para desempeñar en el mercado una actividad empresarial. Esta elección no es sino el ejercicio de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, consagrado y garantizado constitucionalmente (art. 38 CE).

El Código de comercio declara comerciante a la persona "que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se dedica a él habitualmente" (art.1 C. de c.). Los conceptos *comerciante* y *empresario individual* son sinónimos (art. 16.1 C. de c.), y hacen referencia a la persona natural que ejercita en nombre propio una actividad económica de producción o de distribución de bienes o de servicios en el mercado.

La Ley exige para el lícito ejercicio del comercio que las personas físicas sean mayores de edad y tengan la libre disposición de sus bienes (art. 4 C. de c.). Consecuentemente, por un lado, el empresario debe ser mayor de edad (arts. 315 y 322 CC) y además no haber sido declarado incapaz por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impida gobernarse por sí mismo (art. 200 CC y en cuanto al procedimiento de incapacitación judicial v. arts. 748 y ss., esp. 756 a 763 de la LEC). El menor de edad emancipado no puede ser empresario por la razón de que si bien es capaz de regir su persona y sus bienes, carece de la libre y plena disposición de estos bienes. Como es sabido, no puede tomar dinero a préstamo, gravar ni vender inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador (art. 323 CC). No obstante, el C. de c. admite que el menor de edad y el incapacitado judicialmente puedan continuar el ejercicio de la actividad empresarial "que hubieran ejercido sus padres o sus causantes por medio de sus

guardadores" (art. 5 C. de c.). Esta norma es excepción al principio general y se justifica por el conocido principio de conservación de la empresa. En este caso, el menor y el incapacitado podrán ser inscritos en el Registro Mercantil como empresarios individuales, a solicitud de quien ostente la guarda o representación legal (arts. 88.2 y 91 RRM). Para el caso de que el guardador carezca de la capacidad legal para comerciar o incurra en incompatibilidad, deberá nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales, "quienes les suplirán en el ejercicio del comercio" (art. 5 *in fine* C. de c.).

Ejercicio del comercio por persona casada

En el ejercicio del comercio, el marido y la mujer pueden ejercitar en plano de igualdad actividades empresariales (arts. 14 y 32.1 CE, art. 66 CC). A diferencia de lo que aconteció en un pasado reciente, esto es, hasta la Ley 14/1975, de 2 de mayo, ya no es exigible la autorización marital para que una mujer casada se dedique al comercio. No obstante, el C. de c. se preocupa de determinar qué bienes responden de las deudas contraídas por el marido o la mujer que se dedica al comercio. De acuerdo con la regulación vigente del Código de comercio (arts. 6 a 11), las deudas contraídas por el cónyuge empresario se limitan a los bienes gananciales obtenidos por el ejercicio de la actividad empresarial (v., sin embargo, art. 1362.4 CC), salvo que se hayan otorgado antes o después del matrimonio capitulaciones matrimoniales en las que se excluya el régimen especial, pero supletorio del C. de c. (art. 1315 CC). Este régimen especial del Código de comercio se aplica cuando el régimen económico del empresario casado sea el de la sociedad de gananciales (arts. 1344 y ss. CC), y se excluirá en los casos en que el régimen económico del matrimonio sea el de separación de bienes por régimen legal (art. 10.2 del Código de familia de Cataluña, y arts. 3 y ss. y 67 y ss. de la Compilación del Derecho civil de Baleares) o si se ha pactado expresamente la separación de bienes en capitulaciones matrimoniales. La exclusión debe extenderse también al régimen económico de participación (arts. 1411 y ss. CC).

Con el fin de oponer a terceros acreedores de buena fe el contenido de las capitulaciones matrimoniales otorgadas necesariamente en escritura pública, éstas deben inscribirse en el Registro Mercantil (arts. 12 y 22.1 C. de c. y 87.6 RRM), así como publicar en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (art. 21.1 C. de c. y 386.6.º RRM). Consecuentemente, los acreedores anteriores a la inscripción de la modificación del régimen económico del matrimonio (así, por ejemplo, cambio del régimen de sociedad de gananciales en separación de bienes) en el Registro Mercantil no se verán perjudicados. Quedarán afectos a la directa satisfacción de sus créditos los bienes gananciales obtenidos por el ejercicio de la actividad empresarial (podéis consultar, entre otras, las SSTS de 15 de junio de 1990 y de 13 de octubre de 1994).

Los bienes propios o privativos del empresario, así como los bienes comunes obtenidos por el ejercicio de la actividad empresarial, quedarán afectos a las obligaciones contraídas por el comerciante (art. 6 C. de c.). En relación con el resto de los bienes comunes, éstos sólo quedarán sujetos al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el empresario, si consienten ambos cónyuges (art. 6 C. de c.). Con todo, la regla tiene escasa operatividad en la práctica por la aplicación de dos presunciones de consentimiento recogidas en el C. de c. La primera atiende a la situación del empresario que en el momento de contraer matrimonio ejerciera el comercio y lo continuará posteriormente sin oposición de su cónyuge (art. 8 C. de c.). La segunda va referida al supuesto de que, tras el matrimonio, el empresario inicie su actividad empresarial con conocimiento y sin expresa oposición de su conyuge (art. 7 C. de c.). No obstante, el cónyuge del empresario puede formular oposición en cualquier momento al ejercicio de la actividad de éste, así como revocar libremente su consentimiento para evitar que los bienes comunes dejen de estar sujetos al cumplimiento de las obligaciones derivadas del ejercicio del comercio. La eficacia frente a terceros de esta oposición o libre revocación exige su otorgamiento en escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil (arts. 11 C. de c. y 87.6.º RRM) así como su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (21.1 C. de c. y 386.7 RRM). Finalmente, en relación con los bienes propios o privativos del cónyuge del empresario, su afectación a las resultas de la actividad empresarial exige su consentimiento expreso "en cada caso" (art. 9 C. de c.), sin que en esta hipótesis operen las presunciones de consentimiento, pero sí, como es razonable, la libre revocación del consentimiento expreso. En dicho caso, también se requiere la inscripción de la escritura pública en el Registro Mercantil y su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (art. 11 C. de c.).

De otra parte, el reconocimiento de la condición de empresario exige el **ejercicio profesional o habitual de la actividad económica en el mercado**. Esto es, el empresario debe dedicarse profesionalmente a la explotación de la empresa. El comerciante tiene que ejercitar de forma efectiva por sí mismo o por medio de representante la actividad mercantil. El cumplimiento del requisito legal de ejercicio habitual del comercio (art. 1.1.º C. de c.) se facilita por el legislador mediante la previsión de una presunción *iuris tantum*, según la cual existe ejercicio habitual del comercio,

... "desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de cualquier otro modo, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil." (art. 3 del C. de c.).

El empresario individual puede solicitar al Registro Mercantil su inscripción, acompañando a la solicitud (art. 88 RRM) la acreditación de haber presentado en la Administración tributaria la "declaración de comienzo de la actividad empresarial" (art. 89 RRM y art. 107 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre).

Para que una persona pueda dedicarse al comercio no sólo es necesario que tenga la capacidad mercantil, sino que además no incurra en una causa legal de prohibición para el ejercicio de una actividad en el mercado o se haya inhabilitado judicialmente (v. art. 172 de la Ley concursal). El incumplimiento de la prohibición legal no arrastra la ineficacia del acto, sino un régimen de sanciones de naturaleza administrativa o, en su caso, de naturaleza civil (así, por ejemplo, cese del factor o exclusión del socio colectivo).

En unas hipótesis la **prohibición** para dedicarse al comercio es **absoluta**. Este es el caso de la prohibición que afecta, para todo el territorio del Estado, a los miembros del Gobierno de la Nación y los altos cargos de la Administración general del Estado (art. 2.1 y 2 de la Ley 5/2006, de 10 de abril), de los fedatarios mercantiles (art. 96 C. de c.), clérigos y eclesiásticos (canon 142 del Código Canónico) y militares (Decreto de 14 de marzo de 1942). La **prohibición relativa** se limita exclusivamente al territorio en el cual desempeñan sus funciones en una pluralidad de supuestos. Destaca por su importancia la que recae en magistrados, jueces y funcionarios del Ministerio fiscal en servicio activo¹. Asimismo, la prohibición puede afectar tan sólo a una o varias actividades mercantiles. La ley las especifica, como sucede en la hipótesis del factor o gerente que no pueden por su cuenta ni interesarse en nombre propio ni ajeno "en negociaciones del mismo género de las que hicieran en nombre de sus principales", salvo que éstos los autoricen de forma expresa (art. 288 C. de c.). Esta prohibición se reitera en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada cuando se prohíbe a los administradores dedicarse por cuenta propia o ajena al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, con la salvedad de que la junta general acuerde la autorización (art. 65 LSRL). Por otra parte, esta norma no es nueva, sino más

⁽¹⁾Art. 14.1 C. de c., art. 389.8.º LO 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial y art. 57.7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la cual se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

bien centenaria en el ámbito de las sociedades personalistas. En este ámbito, los socios de una compañía colectiva o comanditaria no pueden dedicarse a los mismos negocios de la sociedad, salvo en el caso de que exista pacto especial en el sentido contrario (art. 137 C. de c.).

Además, las personas pueden aunar esfuerzos y asociarse para ejercer una actividad económica en el mercado (art. 22 CE). A dicho efecto, pueden optar por **constituir sociedades** entre las distintas formas sociales (sociedad colectiva, comanditaria simple o por acciones, sociedad anónima y de responsabilidad limitada).

El artículo 1.2.º del Código de comercio considera comerciantes a las "compañías mercantiles o industriales" que se constituyan con arreglo al C. de c. Las sociedades mercantiles clásicas (art. 122 C. de c.) son:

- la sociedad **colectiva** (arts. 125 a 144 C. de c.),
- la sociedad **comanditaria simple** (arts. 145 a 150 C. de c.),
- la sociedad **comanditaria por acciones** (arts. 151 a 157 C. de c.),
- la sociedad **anónima** (RDL 1564/1989, de 22 de diciembre) y
- la sociedad de **responsabilidad limitada** (Ley 2/1995, de 23 de marzo).

En el ámbito de las sociedades o los empresarios sociales, la imputación de la condición de mercantil depende, en los casos más relevantes, no tanto de la naturaleza de la actividad o actividades que constituyen el objeto social, sino exclusivamente de la forma social que los socios fundadores elijan. Éste es el caso de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada (arts. 3 LSA y LSRL), sociedad comanditaria por acciones (art. 152 C. de c.) y sociedades de garantía recíproca (art. 4 LSGR). En el caso de que las asociaciones o fundaciones ejerzan una actividad empresarial con carácter instrumental a sus fines, adquirirán la condición de empresarios y estarán sujetas al estatuto jurídico del empresario.

No puede negarse que, pese a su naturaleza fundacional, las Cajas de ahorros ostentan por su actividad como entidad de crédito la condición de empresarios y están, consecuentemente, sujetas al deber de llevanza de una contabilidad ordenada, así como al deber de inscribirse en el Registro Mercantil (art. 16.1.3.º C. de c. y arts. 270 a 276 RRM). Por esa condición de empresario, en supuestos de crisis empresarial, la Caja de ahorros puede ser declarada en concurso de acreedores.

Ved también

A las sociedades mercantiles dedicamos un capítulo especial, aquí simplemente se trata de hacer un simple referencia a las distintas formas que puede adoptar el empresario social, conforme a nuestro ordenamiento.

2. El estatuto jurídico del empresario mercantil

La condición de empresario mercantil entraña el exclusivo sometimiento de éste a una disciplina especial, un estatuto jurídico integrado básicamente por dos deberes legales:

1) el **deber de inscripción del empresario y sus actos en el Registro Mercantil** (art. 16.1. C. de c.), obligación que es, sin embargo, potestativa para el empresario individual (art. 19.1 C. de c.), y

2) el **deber de llevanza de una contabilidad ordenada**, adecuada a la actividad que desarrolla (art. 25.1 C. de c.).

Las sociedades mercantiles no sólo están obligadas a la llevanza de unos libros de contabilidad sino que, además, la ley exige que lleven un libro de actas en el cual consten todos los acuerdos de las juntas generales y especiales y demás órganos colegiados (por ejemplo consejo de administración, comisión ejecutiva). En el caso de sociedades anónimas y comanditarias por acciones con acciones nominativas, exige el libro registro de acciones nominativas (art. 55 LSA) o, en el caso de sociedades de responsabilidad limitada, el libro registro de socios (art. 27 LSRL).

Completan el estatuto jurídico de los empresarios una disciplina del tratamiento de su crisis empresarial de éstos a través del concurso de acreedores, que afecta, tras la Ley Concursal, de 9 de julio de 2003, a cualquier deudor, sea persona natural o jurídica, empresario o no (art. 1 LC).

3. La publicidad legal mercantil

La publicidad legal, en aras de la seguridad del tráfico, es la función institucional básica del Registro Mercantil. En las siguientes páginas se estudia la disciplina que atañe a la publicidad registral de los empresarios mercantiles.

3.1. Noción, orígenes y funciones del Registro Mercantil

La matrícula de las corporaciones de comerciantes de la Edad Media constituye el antecedente histórico de lo que actualmente denominamos Registro Mercantil. Si bien en otras disposiciones se detectan principios embrionarios de publicidad legal², la creación de un Registro de naturaleza pública (Registro público de comercio) se debe, como tantas otras instituciones, al Código de comercio de 1829. El Código de comercio de 1885 reguló la institución del Registro Mercantil en sus artículos 16 a 32. Este articulado lo modificó la Ley 19/1989, de 25 de julio, de modo que nuestra legislación registral (arts. 16 a 24 C. de c.) quedó adaptada a la primera Directiva comunitaria en materia de sociedades. El Real Decreto de 19 de julio de 1996, que aprueba el Reglamento actualmente vigente, desarrolla y en algunos casos completa esta normativa.

⁽²⁾ Así, por ejemplo, la Ordenanza de los magistrados de Barcelona de 1478 o las Ordenanzas de Bilbao de 1737, las cuales exigieron el depósito de las escrituras de constitución y modificación de las sociedades en el archivo del Consulado, a los efectos de pura exhibición.

El Registro Mercantil es una institución al servicio de la seguridad del tráfico y de tutela de los intereses de terceros de buena fe que se relacionan con sujetos inscritos. Se trata de una institución cuya principal finalidad es dar publicidad de los actos empresariales, proyectando seguridad jurídica al tráfico mercantil.

La función pública del Registro Mercantil viene dada, además, por la **función calificadora** de los documentos que se presentan al mismo. Esa calificación no se limita a una mera comprobación o verificación de éstos, en la medida en que el Registrador Mercantil está obligado a efectuar un juicio independiente e imparcial de que un hecho, acto o negocio jurídico sujeto a inscripción es conforme a Derecho.

El Registro Mercantil proporciona seguridad jurídica al tráfico mercantil, y otorga veracidad a aquellos actos y contratos que publica. A tal efecto, atribuye eficacia en perjuicio de terceros a aquellos actos o contratos inscritos (artículo 2 RRM), independientemente de que sean conocidos por aquéllos. Además, priva de eficacia respecto a los terceros a aquellos actos y contratos que fueren inscribibles y no se hallen inscritos. Como veremos, el tercero podrá invocarlos en lo que le favorezca.

3.2. El sistema organizativo del Registro Mercantil

Desde la perspectiva organizativa, el Registro Mercantil es un conjunto orgánico instituido por el Estado como medio técnico para dar publicidad legal a personas y hechos del ámbito empresarial. Lo hace por medio de diferentes actuaciones, asentadas en libros y publicaciones de carácter oficial, en aras de la seguridad jurídica y, consecuentemente, del tráfico mercantil.

El Registro Mercantil tiene organización y funciones propias reguladas por el Código de comercio y el Reglamento del Registro Mercantil y, como derecho supletorio por el Reglamento hipotecario. Esta circunstancia levanta comprensibles críticas, ya que se entiende como inadecuada la redacción del indicado.

El Registro Mercantil depende del Ministerio de Justicia y está integrado en la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN). El Registro Mercantil comprende los registros mercantiles territoriales y el Registro Mercantil Central (artículo 1 RRM), al frente de los cuales se hallan los registradores de la propiedad y mercantiles (artículo 13 RRM). En términos generales, el Registro Mercantil se ubicará en las capitales de provincia. Cuando se trate de registros mercantiles territoriales en aquellas provincias de un notable tráfico mercantil, podrá tener varios registradores mercantiles, para lo cual será preciso se establezca un criterio de reparto que aprobará, en su caso, la DGRN (artículo 15 RRM y RDGRN de 12 de febrero de 1999). Cuando deba crearse un Registro Mercantil en una población que no sea capital de provincia, se hará mediante Real decreto y a propuesta del ministro de Justicia, previa audiencia del Consejo de Estado y con informe de la Comunidad Autónoma afectada (artículo 16.3 RRM).

La función básica de los Registros Mercantiles es la de practicar las inscripciones relativas a los sujetos referenciados en el artículo 16 del Código de comercio y artículo 81 del Reglamento del Registro Mercantil, así como sus actos y contratos inscribibles. A tenor de la Ley 19/1989 se les asignaron nuevas funciones, básicamente las relativas a la legalización de los libros de los empresarios, el depósito y la publicidad de los documentos contables y el nombramiento de auditores de cuentas y expertos independientes (artículo 2 RRM).

Esta pluralidad de funciones obliga a la llevanza de distintos libros con las formalidades que el Reglamento Mercantil exige. Merecen especial mención el Libro de inscripciones, el de legalizaciones, el de depósito de cuentas y el de nombramiento de expertos independientes y auditores. Junto con cada uno de ellos existirá el Libro diario de presentación. Asimismo, llevarán el Libro de índices y otro de inventario.

El **Registro Mercantil Central** es un Registro único cuyo principal objetivo consiste en la centralización y publicación de cuanta información registral se genera en los registros territoriales. Se encarga de la edición y publicación del Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME), aunque su impresión y distri-

bución será competencia del organismo autónomo Boletín Oficial del Estado (BOE). Tiene además encomendadas otras funciones que desarrolla mediante la sección de denominaciones de sociedades y demás entidades inscritas, y ello con el objetivo de impedir la inscripción de sujetos con iguales denominaciones que podrían llevar a error, o en su caso resulten contrarias a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres. El Registro Mercantil Central archiva y publica las denominaciones ya inscritas, y se encarga del registro relativo a sociedades y entidades que hubieran trasladado su domicilio al extranjero, sin perder, no obstante, la nacionalidad española. Para que pueda realizar tales cometidos, los registros territoriales están obligados a remitirle la información, parte de la cual será objeto de publicación en el BORME.

El registrador

Cada Registro está a cargo de un registrador, con carácter de funcionario público a todos los efectos legales (artículo 274 de la Ley hipotecaria). La condición de registrador se adquiere con el ingreso por oposición en un cuerpo de carácter nacional, y el nombramiento de registrador mercantil recae en el registrador a quien corresponda en concurso que se celebre de acuerdo con lo dispuesto en la legislación hipotecaria (artículos 277 y ss. de la Ley Hipotecaria, artículos 489 y siguientes del Reglamento Hipotecario y artículo 13 del RRM). Los registradores serán nombrados por el Ministerio de Justicia o por los presidentes de las Comunidades Autónomas que han asumido esas competencias, y dependerán, por medio de la Dirección General de Registros y del Notariado, del Ministerio de Justicia. Responden disciplinariamente en tanto que se integran en un cuerpo funcional que presta un servicio público, el cual requiere de una jurisdicción disciplinaria con objeto de mantener su eficacia. Asimismo, responden penalmente por incurrir en delitos como prevaricación y cohecho (artículos 404 y 422 del Código Penal). Como contraprestación a los servicios prestados, el registrador percibe unos honorarios profesionales fijados por arancel. Asimismo, el registrador responde personalmente, tanto de su propia negligencia como la de sus dependientes. Se exige la constitución de una fianza en garantía de tal responsabilidad, y si ésta no fuera bastante responderán con sus otros bienes.

El **sistema de hoja personal** es el método utilizado por el Registro para que consten las vicisitudes de cada uno de los sujetos inscribibles, de modo que a cada uno de ellos se le asigna una hoja (artículo 3 RRM). En éstas se inscriben cuantos actos y circunstancias establezcan tanto las leyes como el Reglamento del Registro Mercantil, siempre relacionados con cada uno de los sujetos. De este modo, en una misma hoja, sea cual sea el número de folios que deban utilizarse, encontraremos todo el historial del inscrito. El sistema de hoja personal, por tanto, permite obtener una información cronológica de la vida del sujeto inscribible, completa y fiable, habida cuenta de su ubicación en un único registro.

3.3. El principio de legalidad y la función calificadora del registrador

El registrador mercantil debe proceder, bajo su responsabilidad, a la calificación de los documentos que le son presentados para inscripción. En virtud del principio de legalidad sólo podrán tener acceso al Registro Mercantil aquellos documentos que reúnan los requisitos establecidos para ello por las leyes.

La calificación registral lleva consigo el examen de los documentos que pretendan ser inscritos y la limitación a determinar respecto de su legalidad "en las formas extrínsecas (de los documentos) [...] así como la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban y la validez de su contenido". Sin embargo, deberá ceñirse a lo que resulte de los mismos y de los asientos ya obrantes en el propio Registro Mercantil, con lo cual evidencia su carácter prevalentemente formal.

Esta calificación o verificación comprenderá, en general:

- la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción (art. 58.2 RRM);
- la capacidad y legitimación de quienes los otorguen o suscriban; para ello deberán tenerse en cuenta las normas del Derecho civil y mercantil sobre capacidad y las que regulan la representación, legal, voluntaria u orgánica;
- asimismo, apreciará la omisión o la expresión sin claridad suficiente de cualquiera de las circunstancias que de forma necesaria deba contener la inscripción o que, aunque no deban constar en ésta, tengan que ser calificadas. Con todo, el registrador está obligado a tener en consideración toda la legislación vigente, así como los asientos practicados, en virtud de la presunción de validez del contenido del Registro.

La calificación es global y unitaria, esto es, referida a la totalidad del documento, lo cual recibe la denominación de principio de **unidad de calificación**. A pesar de esto, si el título tuviera varios hechos, actos o negocios inscribibles que fueren independientes unos de otros, los que no tuvieren defectos deberán ser objeto de inscripción (artículo 62.2 RRM).

Los actos inscribibles deben constar en documento público. Dependiendo del órgano de emisión de esos documentos, los mismos serán notariales, judiciales o administrativos. Esta exigencia decae con relación a aquellos documentos privados que expresamente dispongan las leyes y el Reglamento del Registro Mercantil (artículo 5 del RRM).

Se consideran documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley, y para el caso que nos ocupa se deberán referir a sujetos inscribibles en el Registro Mercantil o a actos y contratos también susceptibles de inscripción.

Los **documentos notariales** se clasifican legalmente en escrituras públicas, actas y testimonios notariales. Mediante **escritura pública** deberán constituirse los sujetos inscribibles, a excepción del empresario individual no naviero, y de igual forma deberán solemnizarse la mayoría de los contratos y actos relativos a aquéllos.

Mediante **acta** se autenticarán los hechos y las circunstancias que el notario evidencie o le consten por propio conocimiento y que por su condición sean materia de inscripción. En este sentido, es de destacar la resolución DGRN de 22 de mayo de 1999, que no cuestiona la inscripción de las actas notariales sino de los hechos o actos que constatan. Por ello, se inscribirán actas que contengan hechos o circunstancias que no deban constar en escritura pública, como serían, entre otras, las actas notariales de junta general o actas de identificación de firmas. En el **testimonio notarial** consta la exhibición de documentos complementarios del título cuya inscripción se pretende o las legitimaciones de firmas.

Por lo que respecta a los **documentos judiciales**, serán inscribibles las resoluciones (providencias, autos y sentencias) que dictadas por los Tribunales tengan relevancia registral.

En este sentido, debemos destacar, entre otras y a título de ejemplo, las sentencias que declaren la nulidad de una sociedad anónima ya inscrita; las sentencias que declaren la nulidad de sus acuerdos sociales impugnados; las de impugnación de acuerdo de exclusión de un socio en la sociedades limitadas y en las agrupaciones de interés económico; las resoluciones dictadas en un procedimiento concursal y las declaraciones judiciales que modifiquen la capacidad de los empresarios individuales. También las resoluciones dictadas en procesos matrimoniales, las que acuerden las anotaciones preventivas de demanda de impugnación de acuerdos sociales, y entre otras, aquellas que resuelvan los recursos interpuestos ante la jurisdicción ordinaria respecto de los títulos calificados.

En cuanto a los **documentos administrativos**, cabe la inscripción ya sea de forma directa o como complementarios a otros. Deben ser emitidos por los funcionarios competentes para ello. Básicamente, la forma que adoptarán tales documentos serán certificaciones.

No existe regla general que determine en qué casos los **documentos privados** serán inscribibles en el Registro. Lo serán "en los casos expresamente prevenidos en las Leyes y en el Reglamento del Registro Mercantil", por lo que se articulan como una excepción al principio de documentación pública.

Entre los documentos privados inscribibles pueden enumerarse, a título de ejemplo, la certificación de acta de junta general o de los órganos de administración de la sociedad, que nombre administradores o señale el cese de los mismos, así como la aceptación del nombramiento o la dimisión del cargo. Sin embargo, se tiene que dejar constancia de que estas certificaciones, según normas del Reglamento del Registro Mercantil, deberán estar expedidas en la forma debida y con las firmas legitimadas notarialmente (artículo 142 RRM). Asimismo, en el caso de empresarios individuales no navieros, desde la inscripción primera, lo será en virtud de declaración dirigida al registrador, "cuya firma se extienda o ratifique ante él o se halle notarialmente legitimada" (artículo 93 RRM).

Por último, es importante remarcar que el artículo 86 del RRM no permite la práctica de asiento alguno, a excepción del de presentación, si no se justifica previamente que ha sido solicitada o practicada la liquidación de los tributos correspondientes al acto o contrato que se pretenda inscribir o al documento en virtud del cual se pretenda la inscripción. De este modo, debe tenerse en cuenta lo preceptuado en el artículo 254 de la Ley hipotecaria, por cuanto se

refiere a aquellos que devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir, y no cualesquiera otros que puedan derivarse indirectamente, como consecuencia de la operación inscrita.

Una vez examinado el documento, previa consideración de toda la normativa aplicable al caso, y ciñéndose a los presupuestos determinados por la Ley, el registrador lo calificará a los únicos efectos de "extender, suspender o denegar el asiento principal solicitado" (artículo 59.1 RRM).

El registrador puede, tras el análisis del documento, extender el asiento de este documento, en cuyo caso no cabe recurso gubernativo. La nulidad o declaración de inexactitud deberá ser declarada, a instancia del interesado, por la jurisdicción ordinaria. La existencia de defectos **subsanables** o **insubsanables** obliga al registrador a la suspensión o denegación del asiento. En el caso de que los defectos sean subsanables, se suspende la inscripción y el interesado puede solicitar su anotación preventiva, que caducará a los dos meses de su fecha (artículo 62 4.º y 5.º RRM).

El artículo 66 RRM prevé la vía del denominado recurso gubernativo, contra la calificación que atribuye algún defecto al título que impide su inscripción. Se hallan legitimados, para su interposición, la persona interesada en la inscripción, el Ministerio Fiscal cuando deba ser parte y el notario que haya autorizado el documento. Se deberá plantear, ante el propio registrador, dentro de los dos meses siguientes desde la fecha de la nota de calificación, y solicitará su reforma. Si la decisión es de acceder a la reforma, el registrador practicará el asiento; si decide mantener total o parcialmente la nota, el recurrente podrá formular, en el plazo de un mes desde que se le notifique tal decisión, recurso de alzada ante la Dirección General de Registros y del Notariado, la cual resolverá en el plazo máximo de cuatro meses. Contra su resolución, cabrá recurso ante los tribunales de justicia (artículos 67 y ss. del RRM).

3.4. Los principios del Registro Mercantil

3.4.1. Principio de obligatoriedad

La **inscripción** en el Registro Mercantil es **obligatoria** (artículo 4 RRM). Esta afirmación tiene su excepción en cuanto a la inscripción del comerciante individual. Éste, con excepción del naviero, no tiene la obligación de inscribirse en el Registro (artículo 19.1 del Código de comercio).

La modificación al Reglamento realizada por la disposición adicional única del Real decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, supuso la introducción de una nueva excepción a este principio, en cuanto venía a establecer el carácter potestativo de la inscripción de las sociedades civiles. La referida disposición ha sido anulada por el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de febrero de 2000.

3.4.2. Principio de titulación pública

La inscripción en el Registro Mercantil deberá practicarse en virtud de documento público (artículo 18.1 C. de c. y artículo 5.1 RRM). El documento público, como ya hemos tenido ocasión de examinar, deberá ser siempre un instrumento público notarial o una resolución judicial, a los cuales debemos añadir los documentos emanados de la Administración. Se excepcionan aquellos documentos privados que las leyes o el Reglamento del Registro Mercantil expresamente prevean (artículo 5.2 RRM).

3.4.3. Principio de legalidad o de calificación

Este principio supone un veto a la inscripción en el Registro Mercantil de todos aquellos documentos que sean nulos, bien por defectos formales, de capacidad o legitimación de los otorgantes, así como de su contenido (artículo 6 RRM).

3.4.4. Principio de presunción de exactitud del Registro o de legitimación

Esta presunción está configurada como *iuris tantum*, por lo cual atribuye prevalencia al contenido del Registro y comporta un desplazamiento en la carga de la prueba a quien pretenda acreditar una discordancia entre la realidad extrarregistral y la realidad registral (artículo 20.1 C. de c. y artículo 7 RRM).

Esta presunción configura el principio de legitimación, que a su vez es consecuencia del principio de legalidad, por el cual se niega el acceso a aquellos documentos que sean nulos, bien por defectos formales, bien por defectos de capacidad o legitimación de los otorgantes o bien en cuanto a su contenido. La exactitud y validez del título, por tanto, se justifica en la calificación que efectúa el registrador. Nos encontramos, de este modo, ante una presunción *iuris tantum* que actúa únicamente respecto del titular registral, tanto para lo que le beneficie como para aquello que le perjudique, a diferencia de lo que ocurre con relación al tercero de buena fe (podéis consultar RDGRN de 28 de abril de 2000).

El registrador no puede realizar una nueva calificación sobre aquellos documentos ya inscritos, toda vez que ello nos llevaría a una revisión de su propia calificación que dio lugar al asiento. Ésta, desde aquel entonces, salvo recursos, "se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales y produce todos sus efectos

hasta tanto no se inscriba la declaración judicial de nulidad", según dispone el artículo 7.1 del Reglamento del Registro Mercantil, literalmente coincidente con el apartado primero del artículo 20 del Código de comercio.

3.4.5. Principio de fe pública registral. Principio de no convalidación

Respecto de terceros de buena fe existe una presunción *iuris et de iure* en cuanto a la exactitud y veracidad del contenido del Registro (artículo 20.2 C. de c. y artículo 8 RRM).

La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos conforme a la legislación vigente. Se trata de una de las situaciones que se han venido a denominar de *confianza en la apariencia*, enmarcándolas dentro del concepto de seguridad jurídica.

Ello nos conduce al principio de fe pública, que constituye una manifestación de la prevalencia del contenido del Registro sobre la realidad. Su fundamento coincide con el principio de legitimación al basarse en la necesidad de proteger el tráfico jurídico. Así, los terceros de buena fe que actúen confiando en el contenido del Registro quedan protegidos, y la posterior declaración de inexactitud o de nulidad de los asientos registrales no perjudicará sus derechos.

La significación que debemos considerar del tercero de buena fe no es plenamente coincidente con la observada en el derecho inmobiliario, en el cual la buena fe se refiere al tercero adquirente. De este modo, a efectos del Registro Mercantil, es tercero de buena fe todo aquel que se relaciona jurídicamente con un sujeto inscrito en el propio Registro y que en la confianza de la información que se deriva del mismo lleva a cabo un acto o contrato, no inscribible y que afecta a sus intereses.

A pesar de que exista una disfunción entre la realidad registral y la fáctica, el tercero no será considerado de buena fe si ha tenido conocimiento, por cualquier circunstancia o medio, de las causas de nulidad o inexactitud de la inscripción en que pretenda amparar el negocio jurídico efectuado (v. STS de 17 abril de 1998). La buena fe del tercero, al amparo de lo previsto en el artículo 7 del Código civil, cuando impone que los derechos deberán ejercitarse conforme a sus exigencias y sin el amparo del abuso de derecho o su ejercicio antisocial, será el resultado, por un lado, de creer como cierto un hecho que en realidad no lo es y, por otro, de ignorar la falsedad. Consiste por tanto en:

- no actuar dolosa o fraudulentamente, y
- en el desconocimiento total y absoluto de cualquier causa por la cual la inscripción de que se trate es inexacta o nula.

3.4.6. Principio de prioridad

Se trata del principio secular *prior in tempore, potior in iure*, según el cual los documentos que accedan en primer lugar al Registro serán preferentes respecto de aquellos que lo hagan con posterioridad (artículo 10 RRM).

3.4.7. Principio de tracto sucesivo

La inscripción de actos o negocios jurídicos relativos a un sujeto exige necesariamente la previa inscripción de éste (artículo 11 RRM). Tal principio es una traslación al derecho registral mercantil de un principio del derecho inmobiliario, más propio de un registro de bienes que de un registro de personas, como es el caso.

3.4.8. Principio de rogación

La inscripción en el Registro sólo podrá venir dada a instancia de parte o por mandato judicial o administrativo. El registrador sólo procederá a calificar los documentos una vez que haya sido solicitada su inscripción (artículo 18.2 C. de c.). Con todo, cabe que excepcionalmente el registrador pueda, de oficio, llevar a cabo determinadas anotaciones preventivas y notas marginales, en los términos que puntualmente indica el Reglamento. Éste sería el caso, por ejemplo, de la nota marginal que se practica por disolución de una sociedad al haber transcurrido su plazo de su duración.

3.4.9. Principio de publicidad formal

Publicidad formal equivale a que el Registro es público, y a él tiene acceso cualquier persona que pretenda consultar o adquirir conocimiento de aquellos datos que en él figuran inscritos. Esta forma de publicidad se lleva a cabo mediante la **expedición de certificaciones, notas simples informativas y consulta informática**, que ha sustituido la consulta directa de los libros del Registro.

Forma parte de las funciones del Registrador atender las peticiones formuladas por aquellos particulares interesados. A partir de la reforma mercantil de 1989, se suprimió el tradicional sistema de la exhibición física de las hojas registrales por medio de consulta personal. Sin embargo, esto se compensó con la posibilidad de que las notas simples informativas o las propias certificaciones, expedidas por el Registrador, pudieran solicitarse por correspondencia, y a su vez, fuese posible efectuar la consulta de datos por terminales informáticos instalados en las propias oficinas registrales. Corresponde al registrador mercantil el tratamiento profesional del contenido de los asientos registrales (artículo 12 RRM), para lo cual deberá tenerse en cuenta la Instrucción de la DGRN de 29 de octubre de 1996. Según ésta, el Registrador, que controla la petición de información, controla también su expedición, previa discrimina-

ción e interpretación profesional del contenido de los libros del Registro. En consecuencia, la dación de publicidad por vía informatizada debe realizarse con referencia a los datos básicos del archivo contenidos en los índices.

La publicidad registral se rige por los principios de publicidad directa, publicidad jurídica y protección de datos de carácter personal, como reconoce el artículo 12 del Reglamento del Registro Mercantil.

Los registradores podrán comunicar, vía telemática, con el Servicio de Índices directamente, para obtener información de su base de datos. Dejarán constancia en sus archivos de la identidad del solicitante y el motivo de su solicitud. La referida Instrucción prohíbe el acceso directo por cualquier medio a los archivos de los registradores, quienes responderán de su custodia, integridad y conservación, con un tratamiento profesional de la publicidad formal, el cual excluye la manifestación de aquellos datos que no tienen trascendencia jurídica.

Las certificaciones

Las certificaciones están reguladas en el artículo 77 del Reglamento del Registro Mercantil, así como en los artículos 332 y siguientes del Reglamento hipotecario. Son aquellos documentos administrativos que con carácter exclusivo, con su firma y bajo su responsabilidad expiden los registradores mercantiles, en el plazo de los cinco días siguientes desde la fecha en que se presente su solicitud. En ellos se constatará no tan sólo el contenido de los asientos registrales, sino también los documentos archivados o depositados en el Registro. Además, se trata del único medio de acreditar fehacientemente el contenido del Registro.

La solicitud deberá efectuarse mediante escrito entregado directamente, por correo, transmitido por telecopia u otro procedimiento similar. En estos últimos casos, el registrador deberá remitir por correo la certificación solicitada. Esta actividad administrativa registral supone una actuación consistente en la declaración de un conocimiento que tiene su sustento en la actividad de comprobación y actividad calificadora previa. Cuando el registrador expide una certificación, comprueba el asiento cuya certificación se solicita y expide el documento público en que consiste la certificación, de modo que le proporciona todos los efectos de fehaciencia que supone la potestad administrativa del otorgamiento de la fe pública registral.

A diferencia de lo que ocurre en la publicidad material (publicación en el BORME), cuando exista discordancia entre lo certificado por el registrador y los asientos a que hace referencia se estará a lo que éstos contengan; quedará a salvo la acción de responsabilidad que pueda ejercitar el perjudicado contra el registrador (artículos 226 y 296 LH).

Ni el Código de comercio ni el Reglamento del Registro Mercantil nos enumeran los tipos de certificaciones que existen. Para ello, debemos recurrir al Reglamento hipotecario conforme prevé el artículo 80 del Reglamento del Registro Mercantil. De este modo, en la práctica, las certificaciones son las siguientes:

- a) **Literales**, que comprenden íntegramente los asientos a que se refiere.
- b) **En relación**, que comprenden las circunstancias del asiento necesarias para su validez o cualquier otro punto que el interesado solicite o el registrador entienda conveniente.
- c) **De asientos de todas clases**, que comprenden todas las inscripciones, anotaciones preventivas y notas marginales vigentes en la hoja registral de que se trate, durante el periodo que se haga constar en la solicitud, o en su defecto desde su inicio.
- d) **De asientos de clase determinada**, que comprenderán todos los de esta clase que no se hallen cancelados con expresión de no existir otros de igual clase.
- e) **De inexistencia de asiento registral** alguno en relación con cualquiera de los sujetos inscritos en el Registro, o de que no existen asientos de una especie determinada. Sólo se hará mención de los cancelados si el solicitante lo exigiese, y en los casos prevenidos en el artículo 234 de la Ley hipotecaria.
- f) **Certificación de asientos extensos o concisos**, que ya menciona el artículo 77.7 del Registro Mercantil.
- g) **De asientos registrales o de documentos archivados o depositados en el Registro** (ya mencionado en el propio artículo 23.1 del Código de comercio).
- h) **Certificaciones normales o actualizadas**, previstas en el artículo 77.5 del Registro Mercantil.

Las notas simples informativas

Las notas simples informativas están previstas en el artículo 78 del Reglamento del Registro Mercantil. Deberán ser expedidas en el plazo de tres días desde su solicitud, y podrán ser literales o en relación, de todo o parte del contenido de los asientos del Registro, con indicación del número de hojas y de la fecha en que se extiende, y llevarán asimismo, el sello del registrador. Corresponde, en principio, a los registros territoriales, aunque también al Registro Mercantil Central, previa solicitud por escrito, la expedición de notas informativas de su contenido, con advertencia de las limitaciones relativas a la información facilitada y referidas exclusivamente a datos de empresarios individuales, sociedades o entidades determinadas.

La problemática suscitada como consecuencia de los cada vez más numerosos casos de peticiones masivas de notas simples, que comportaron una disparidad de criterios de los propios registradores a la hora de expedir o no la publicidad formal que se les solicitaba, originó que la Dirección General de los Registros y del Notariado dictara la normativa que hay que tener en cuenta en estos casos. La Instrucción en cuestión (RDGRN de 29 de octubre de 1996) vino a definir los principios a que antes hemos hecho referencia, relativos a la publicidad formal; la jurídica, que trata de probar judicial y extrajudicialmente la existencia, la extensión y los límites del derecho inscrito y cuyo titular es el único legitimado para disponer de él, haciendo posible el principio de seguridad jurídica; la directa, que viene a significar celeridad en la obtención de los datos pero sujeta al control profesional del registrador; y la profesional, que pretende impedir el conocimiento indiscriminado del patrimonio de las personas o la publicidad en masa. Para ello, el registrador sólo podrá dar publicidad si se cumplen las normas sobre protección de datos.

Las circunstancias personales obtenidas de registros públicos pueden ser objeto de tratamiento de datos en ficheros de titularidad privada si se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 26 de la Ley orgánica 15/1999, de protección de datos (legalización, legitimación y protección de ficheros). La referida ley, en su afán de equipararse a la Directiva comunitaria 46/95, abandona el criterio informático como sistema de control sobre el tratamiento de datos de carácter personal, y lo amplía al criterio humanista en desarrollo de los derechos humanos llamados de tercera generación (esto es, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen personal y familiar). Tiene como objeto garantizar y proteger las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas.

Consulta informática

Los registradores mercantiles están obligados a facilitar a los interesados los datos relativos al contenido esencial de los asientos mediante **terminales informáticos** instalados a tal efecto en la oficina del Registro. Este aspecto ha evolucionado mediante las nuevas tecnologías de tal forma que también es posible tener acceso a esos datos mediante **consulta telemática**, desde terminales no ubicados en los registros.

Asimismo, se configura un sistema de información a los sujetos que se relacionen con otros inscritos en el Registro, por lo que se obliga a éstos a informar, a través de todos los documentos con que operen en el tráfico mercantil, de los datos concernientes a su inscripción registral (art. 24 C. de c.)

Se establece, como ya se ha dicho, un régimen sancionador para aquellos que incumplan esta obligación. Este régimen puede verse ampliado por lo dispuesto en la legislación tributaria de tal forma que daría lugar, en el caso de facturas, por no reunir los requisitos formales necesarios, a incurrir en responsa-

bilidad tributaria. La disposición adicional de la Ley 19/1989, de 27 de julio, establece que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 24 prescribirán a los seis meses.

Sobre el particular, y respecto de la regulación anterior a la normativa comunitaria, se criticó la falta de previsión sobre la sanción aplicable en caso de incumplimiento de la publicación de las referidas menciones en la documentación empresarial. Esta crítica sí se tomó en consideración en el actual redactado del artículo 24, por cuanto se establece que el incumplimiento de aquella obligación dará lugar a una multa, previa instrucción de expediente administrativo, de acuerdo con lo previsto en la Ley de procedimiento administrativo.

Debe hacerse notar que el carácter obligatorio del presente precepto no se extiende al empresario individual no naviero, y ello aunque hubiera procedido a la inscripción registral. Este artículo, de forma, inequívoca y concisa, se refiere a a los "empresarios individuales, sociedades y entidades sujetos a inscripción obligatoria".

3.4.10. Principio de oponibilidad (publicidad material)

El principio de oponibilidad se configura por medio de una **doble presunción**:

a) una presunción absoluta de que el contenido de los asientos públicos es conocido por terceros, y

b) una presunción relativa de que los hechos, actos y contratos sujetos a inscripción, si no se inscriben o se inscriben pero no se publican en el BORME cuando esta publicación es necesaria, no son conocidos por parte de terceros. Es el que rige actualmente, en concordancia con el art. 9 del Reglamento, con el propósito de potenciar al máximo la protección del tercero de buena fe (v. STS de 18 de marzo de 1999, RJ 1858). Se fortalece así la confianza de la apariencia, lo cual potencia la seguridad del tráfico mercantil y reduce los costes en las transacciones mercantiles.

Los hechos, actos y contratos sujetos a inscripción, si no se inscriben o no se publican en el BORME, no son conocidos de los terceros. Esta **publicidad negativa** se proyecta en un doble ámbito (art. 21 C. de c.).

En primer lugar, ampara a los terceros que ignoran las situaciones extrarregistrales o no inscritas. Frente a la falta de inscripción en el Registro de un determinado hecho jurídico, debe protegerse al tercero de buena fe que deposita su confianza en la vigencia de una situación jurídica inscrita y que, a pesar de ello, no se corresponde con la realidad. Se trata ésta de una manifestación del principio general de la apariencia jurídica.

En segundo lugar, es la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, y no la inscripción en el Registro, lo que prima como exponente básico de la confianza de terceros.

Constituyen **presupuestos** de la **publicidad negativa**:

- la existencia de un acto sujeto a inscripción;

- que no se haya inscrito o que se haya inscrito, pero no publicado en el BORME;
- y que afecte a un tercero de buena fe, y que, por tanto, desconoce la situación jurídica extrarregistral.

Es más: el tercero de buena fe puede invocar potestativamente la publicación en lo que fuera favorable cuando existe discordancia entre el contenido de la inscripción y el que fue objeto de la publicación en el BORME (art. 21.3 C. de c.).

En cuanto a la **publicidad material positiva**, ésta va referida:

a) en primer lugar, a aquellas situaciones en las cuales el Registro Mercantil refleja incorrectamente la realidad;

b) y en segundo lugar, hace alusión a la presunción de que los asientos publicados en el BORME son conocidos por terceros, sin que éstos puedan alegar y probar su ignorancia o desconocimiento.

La publicidad positiva tiene su hecho de apariencia en el propio contenido del Registro Mercantil, y en su caso, en lo publicado por el BORME. Este principio de publicidad positiva se incluye en el artículo 20.2, a cuyo tenor:

"La declaración de inexactitud o nulidad no perjudicará derechos de los terceros de buena fe, adquiridos conforme a derecho."

Este precepto viene a formular el principio de buena fe, así como en el artículo 21.3 del C. de c., y dispone, como ya hemos tenido ocasión de comentar, que

"En caso de discordancia entre el contenido de la publicación y el contenido de la inscripción, los terceros de buena fe podrán invocar la publicación si les fuere favorable."

El tercero de buena fe quedará protegido frente a la inexactitud o nulidad de lo inscrito, así como frente a la divergencia de la publicación frente al contenido de la inscripción. El tercero confía tanto en el contenido de la inscripción como en el de la publicación.

3.5. Los sujetos obligados a inscripción. La inscripción potestativa del empresario individual

El empresario individual tiene la potestad, que no la obligación, de solicitar su inscripción en el Registro Mercantil. No obstante, el hecho de que no esté inscrito implica que no puede beneficiarse de los efectos positivos que le depararía su inscripción en el Registro Mercantil: no podrá inscribir en el Registro Mercantil los documentos que le interesen. Con todo, en interés y tutela de terceros, en los casos de concurso de acreedores del empresario individual

no inscrito, el juez que conozca del procedimiento concursal habrá de instar la inscripción del mismo en virtud de mandamiento judicial (v. art. 322.2 y 3 RRM).

En cuanto a **las hipótesis legales de inscripción obligatoria** en el Registro, el art. 81 del RRM las regula de forma muy detallada, desarrollando el art. 16 del C. de c. En dicho precepto, se enumeran como sujetos de obligada inscripción los siguientes:

- a) El naviero empresario individual (art. 19 C. de c.)
- b) Sociedades mercantiles (artículos 94 a 243 RRM)
- c) Sociedades de garantía recíproca (artículos 249 a 253 RRM)
- d) Cooperativas de crédito, mutuas y cooperativas de seguros y entidades de previsión social (artículos 254 a 258 RRM)
- e) Sociedades de inversión colectiva (artículos 259 a 263 RRM)
- f) Agrupaciones de interés económico (artículos 264 a 269 RRM)
- g) Cajas de ahorro (artículos 270 a 276 RRM)
- h) Fondos de inversión (artículos 277 a 284 RRM)
- i) Fondos de pensiones (artículos 285 a 294 RRM)
- j) Sucursales de cualquiera de los sujetos anteriormente indicados (artículos 295 a 308 RRM)
- k) Sucursales de sociedades extranjeras y de otras entidades extranjeras con personalidad jurídica y fin lucrativo (artículos 300 y 301 RRM)
- l) Sociedades extranjeras que trasladen su domicilio a territorio español (artículos 309 RRM)
- m) Demás personas y entidades que establezcan las Leyes (artículo 16.5 del Código de comercio)

Sin embargo, tras la anulación por sentencia de la sala tercera del TS de 24 de febrero de 2000 (BOE, núm. 98, de 24 de abril) de la disposición adicional única del Real decreto 1867/1998, las sociedades civiles no podrán ser objeto de inscripción del Registro Mercantil.

A pesar de que la inscripción del naviero empresario individual es obligatoria, la condición de naviero no se adquiere con su inscripción en el Registro. Por lo tanto, no estamos ante una inscripción constitutiva sino frente a una inscripción potestativa, considerada por algunos como estimulada. El propio redactado del punto tercero del artículo 19 da a entender que el naviero puede existir, si responde con todo su patrimonio de las obligaciones contraídas, en el caso de no estar inscrito.

4. La contabilidad del empresario mercantil

4.1. La función informativa de la contabilidad mercantil

La contabilidad constituye un instrumento eficaz para la realización de una actividad organizada y planificada en el mercado. Por medio de la contabilidad, el empresario tiene un conocimiento ininterrumpido de la situación patrimonial y financiera de la empresa, lo cual le permite adoptar con mayor certidumbre las decisiones más relevantes sobre la gestión empresarial. El fin de ello es obtener los máximos beneficios o, por el contrario, dadas las circunstancias del mercado, evitar las pérdidas que pueden deteriorar su patrimonio.

No obstante, la contabilidad no es un instrumento interno de exclusiva utilidad para el empresario. Con el establecimiento de un deber de llevanza de la contabilidad se pretende tutelar los intereses privados de los acreedores o terceros, de los socios y de los trabajadores y del interés público. Especialmente, por motivos fiscales o de política económica y monetaria nacional, el Estado tiene interés en conocer la evolución patrimonial y financiera de una empresa o los resultados prósperos o adversos de la misma. En realidad, la contabilidad constituye un eficaz instrumento externo de información de la evolución y de la imagen fiel de la situación patrimonial y financiera de la empresa, así como de sus resultados.

La disciplina de la contabilidad de los empresarios se circunscribe, al margen del Derecho contable de sociedades, básicamente a los artículos 25 a 49 del C. de c. que han sido objeto de una importante reforma por la ley 16/2007, de 4 de julio, de Reforma y Adaptación de la Legislación Mercantil en Materia Contable para su Armonización Internacional con Base en la Normativa de la Unión Europea, y a las normas del Plan General de Contabilidad (RD 1514/2007 de 16 de noviembre), de obligatoria aplicación para todas las empresas, "cualquiera que sea su forma jurídica, individual o societaria".

4.2. El deber de contabilidad

Los empresarios están obligados a llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa, que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones (art. 25 C. de c.). El cumplimiento de este deber de llevanza de una contabilidad ordenada puede ser realizado por el propio empresario o por otras personas autorizadas (art. 25.2 C. de c.). Normalmente se tratará de dependientes del empresario vinculados por una relación laboral o, algo

también habitual, por profesionales independientes a los cuales el empresario habrá encomendado, con arreglo a un contrato de arrendamiento de servicios, la llevanza de la contabilidad de la empresa. La intervención de terceros profesionales, aun autorizados, no exonera al empresario de las responsabilidades que puedan derivar de una llevanza irregular de la contabilidad (art. 25.2 C. de c.). La autorización se presume concedida, salvo prueba en contrario (art. 25.2 *in fine* C. de c.).

El incumplimiento del deber de contabilidad está sujeto, en términos generales y al margen de otras sanciones de naturaleza administrativa que afectan a entidades sujetas, a un especial régimen de control³, a **sanciones civiles indirectas** y **sanciones penales** (v. arts. 261 y 290 CP; sobre el delito contable contra la Hacienda pública, v. el art. 310 y 392 CP).

En el ámbito concursal, el incumplimiento sustancial del deber de llevanza de la contabilidad, la llevanza de una doble contabilidad o la comisión de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial y financiera constituyen presunciones *iuris et de iure* de concurso culpable que pueden llevar aparejadas sanciones civiles de naturaleza personal y patrimonial muy graves (v. art. 164 y 172 LC). Asimismo, el incumplimiento de la obligación de formulación de cuentas anuales, de la falta de sometimiento a su auditoría o de la falta de su depósito en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración del concurso, constituye una presunción *iuris tantum* de la existencia de dolo o culpa grave de concurso culpable (v. art. 165 y 172 LC).

⁽³⁾ Como es el caso de entidades de crédito, aseguradoras y empresas de inversión. Podéis consultar los artículos 4.f y 5.p de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, así como arts. 40.2.e y 40.4.e de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados.

4.3. Los libros obligatorios de contabilidad del empresario

4.3.1. Los libros obligatorios de contabilidad

El empresario está obligado a la llevanza de un Libro de inventarios y cuentas anuales y otro diario (art. 25.1 *in fine* C. de c.). El **Libro de inventarios y cuentas anuales** se inicia con el balance inicial detallado de la empresa, y se cierra con el inventario de cierre del ejercicio y las cuentas anuales (art. 28 C. de c.). Además, sobre el empresario pesa la obligación de transcribir, al menos trimestralmente, con sumas y saldos, los balances de comprobación. Los asientos contables contienen declaraciones de conocimiento sobre hechos, actos o negocios jurídicos, a los cuales el legislador anuda determinadas consecuencias jurídicas. Así, estos balances de comprobación trimestrales tienen especial importancia en la detección de una grave disminución del patrimonio neto de la sociedad, y en la determinación del momento en que los administradores deben tener conocimiento de la situación de pérdida grave del capital social (v. arts. 262.1.4 y 262 LSA, 104.4 y 105 LSRL, y STS de 30 de octubre de 2000). Constituyen, por tanto, un elemento básico de apreciación de la situación y evolución patrimonial de la empresa del ejercicio en curso. Para cumplir con la función analítica y cronológica, el Libro diario debe incluir un registro día a

día de las operaciones relativas a la actividad de la empresa (art. 28.2 C. de c.). No obstante, la anotación diaria puede ser sustituida por una anotación no superior al mes, con la condición de que el detalle de las operaciones diarias aparezca en otros libros o registros concordantes (art. 28.2. *in fine* C. de c.).

4.3.2. Los requisitos formales de llevanza de la contabilidad

Con la finalidad de que la contabilidad cumpla eficientemente con su función informativa, se exige por parte del legislador que ésta sea ordenada y clara. La contabilidad se llevará, como ya hemos examinado, en libros obligatorios, que cumplen con la exigencias de orden en el tiempo y especificación de la naturaleza de las operaciones anotadas. Como dispone el Código de comercio, todos los libros contables deben llevarse con claridad, por orden de fechas, sin espacios en blanco, interpolaciones, tachaduras ni raspaduras (art. 29 C. de c.). Con esta advertencia legal, se pretende, por un lado, cumplir con el principio general según el cual el empresario ha de llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de la empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones (art. 25.1 C. de c.). Por otro lado, se trata de evitar las manipulaciones contables que afectarían a la fiabilidad del contenido informativo de la contabilidad empresarial. De ahí que los errores o las omisiones que se hayan producido en las anotaciones contables deban subsanarse de forma inmediata, una vez que se adviertan. Su corrección debe anotarse a continuación (art. 29.1 C. de c.).

Los libros obligatorios deben ser objeto de legalización registral (art. 27 C. de c.). La legalización tiene como función evitar la reconstrucción contable ajena a la realidad, el momento y la naturaleza de las operaciones mercantiles, al antojo del empresario. Dicha legalización consiste en su presentación en el Registro Mercantil del domicilio del empresario para que se anote en el primer folio de cada uno diligencia y sello del Registro en todas las hojas. En el Registro Mercantil se llevará un Libro de legalizaciones (art. 27.4 C. de c. y 27 RRM).

Los libros tienen que presentarse, como principio general, antes de su utilización, aunque el legislador admite la validez de la realización de asientos y anotaciones "por cualquier procedimiento idóneo" sobre hojas que después deben encuadernarse correlativamente para formar los libros obligatorios. En ese caso, la legalización registral se tiene que realizar antes de que transcurran los cuatro meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio (art. 27.2 C. de c.).

El Código de comercio obliga al empresario a la conservación de los libros, la correspondencia, la documentación y los justificantes relativos a su negocio, debidamente ordenados, durante seis años, a partir del último asiento realizado (art. 30.1 C. de c.). El cese del empresario no exime del deber de conservación, pues éste va dirigido a la tutela de los intereses privados de los terceros

y del interés público. En el caso del fallecimiento del empresario individual, el deber recae sobre sus herederos. En el caso de disolución de las sociedades mercantiles, en los liquidadores (art. 30.2 C. de c.).

4.3.3. Secreto contable y valor probatorio de la contabilidad

El legislador establece como principio general que la contabilidad de los empresarios es secreta, "sin perjuicio de lo que se derive de lo dispuesto en las leyes" (art. 32 C. de c.; respecto a la tutela penal, podéis consultar los arts. 197 a 201 CP). Con esta consagración legal del secreto de la contabilidad del empresario se le tutela frente a las injerencias de terceros.

Con todo, **el deber de secreto no puede ser absoluto**, en aras de un efectivo cumplimiento de la función informativa externa que desempeña. Por un lado, porque cualquier tercero puede acceder a una serie de datos considerados relevantes por nuestro ordenamiento y, así pues, de información pública, solicitando certificación o nota simple informativa de las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil. Por el otro, porque razones de interés público justifican que el secreto no opere en determinados casos frente a la Administración pública (por ejemplo, por motivos fiscales).

Resulta de particular mención por su importancia el acceso parcial o total de los particulares a la contabilidad del empresario, en la fase probatoria de un procedimiento judicial, mediante la comunicación o exhibición de los libros de contabilidad. Los libros de contabilidad constituyen prueba. Lo reconoce el propio Código de comercio al disponer que:

"el valor probatorio de los libros de los empresarios y demás documentos contables será apreciado por los tribunales conforme a las reglas generales del Derecho." (art. 31 C. de c.).

La norma es escasamente explícita y ha generado dudas en su interpretación. Al referirse a los medios de prueba, la LEC admite:

"los instrumentos [...] que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables [...] relevantes para el proceso." (art. 299.2 LEC).

En relación con la utilización de los libros de los comerciantes como medio de prueba, la LEC dispone que se estará a lo dispuesto en las leyes mercantiles, y matiza que de "manera motivada, y con carácter excepcional", el tribunal puede reclamar que se presenten ante él los libros o el soporte informático, siempre que se especifiquen los asientos que se deben examinar (art. 327 LEC). En cuanto al valor probatorio, la jurisprudencia ha reiterado que la contabilidad tan sólo acredita hechos, y no actos ni negocios jurídicos, en la medida en que el contenido contractual no se transcribe en los libros del empresario, ni siquiera las firmas de las partes contractuales⁴.

⁽⁴⁾Se puede consultar, entre otras, las SSTs de 7 de octubre de 1986 y de 22 de noviembre de 1993.

El reconocimiento general de los libros, la correspondencia y los documentos de los empresarios, la denominada *comunicación*, sólo puede decretarse por el juez, de oficio o a instancia de parte, en determinados casos de relevancia especial vinculados normalmente al cese o la crisis de la empresa: sucesión universal, concurso de acreedores, quiebra, liquidaciones de sociedades o entidades mercantiles y expedientes de regulación de empleo, y también cuando los socios o representantes legales de los trabajadores tengan derecho a su examen directo (art. 32.2 C. de c.). Frente a la comunicación o reconocimiento general, la exhibición de los libros o documentos de los empresarios podrá ser decretada por el juez, en casos muy restringidos: únicamente cuando el juez aprecie en la persona a quien pertenecen interés y responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición (v., sobre la exhibición de documentos, los arts. 328 y ss. LEC). El ámbito material de la exhibición se ciñe a los "puntos (esto es, a los asientos o documentos) que tengan relación con la cuestión de que se trate" (art. 32.3 *in fine* C. de c.). Tanto la comunicación como la exhibición se realizará en el establecimiento del empresario, en su presencia o de la persona que comisione (art. 33.1 C. de c.). En atención al caso en concreto, el juez debe adoptar las medidas que considere oportunas para la debida conservación y custodia de los libros y documentos contables (art. 33.1 *in fine* C. de c.).

4.4. Las cuentas anuales

4.4.1. Finalidad y normas de formulación de las cuentas anuales

Las cuentas anuales persiguen de forma efectiva el cumplimiento de la función informativa, especialmente en lo que atañe a los resultados prósperos o adversos de la actividad del empresario en el ejercicio (art. 34 C. de c.). El empresario debe formular las cuentas anuales de la empresa al cierre del ejercicio (art. 34 C. de c.). En realidad la finalidad de las cuentas anuales, que han de redactarse con claridad, no se ciñe exclusivamente a dar información sobre los beneficios o pérdidas originadas en el ejercicio, sino que deben **mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa**, de conformidad con las disposiciones legales (art. 34.2 C. de c., sobre el principio de imagen fiel y la nulidad de un acuerdo social de aprobación de las cuentas anuales que no mostraban la imagen fiel, la STS de 20 de marzo de 2009).

El **principio de imagen fiel** (*fair and true view*) dirige la contabilidad del empresario a la veracidad formal, a la representación más exacta y real posible de la realidad de la empresa, siempre de conformidad con las disposiciones legales (art. 34.2 C. de c.). Si la aplicación de las disposiciones legales no es suficiente para mostrar la imagen fiel, han de suministrarse informaciones complementarias para alcanzar ese resultado (art. 34.3 C. de c.). Es más, no se aplicará una disposición legal incompatible con la imagen fiel. El empresario deberá anotar en la memoria la no aplicación de la disposición legal. Es más, la incompatibilidad debe motivarse suficientemente y explicar su influencia sobre

el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa. El propio art. 34.2 C. de c. deja claro que en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica.

Las cuentas anuales comprenderán:

- a) el **balance**,
- b) la **cuenta de pérdidas y ganancias**,
- c) un **estado que refleje los cambios del patrimonio neto del ejercicio**,
- d) un **estado de flujos de efectivo** y
- e) la **memoria**

Todos ellos **formarán una unidad** (art. 34.1 C. de c.). El examen de cada uno de los documentos que integran las cuentas anuales y su análisis conjunto ofrecen una información de extraordinaria importancia sobre la realidad económica de la empresa.

Con el fin de garantizar la autoría de las cuentas anuales, éstas deben firmarse por el empresario individual y, en el caso del empresario social, tratándose de sociedad colectiva o comanditaria por todos los socios ilimitadamente responsables por las deudas sociales; y para el caso de sociedad anónima o de responsabilidad limitada, por todos los administradores sociales. La falta de una firma en el caso de los socios y administradores ha de señalarse en los documentos en que falte, expresando la causa de la ausencia. En la antefirma ha de expresarse la fecha de formulación de las cuentas anuales (art. 37 C. de c.).

En cuanto a la estructura de las cuentas anuales, ha de estarse a lo previsto en los arts. 35 y 36 C. de c. (v. sobre los modelos de presentación de las cuentas anuales en el Registro Mercantil la **Orden de 28 de enero de 2009**, BOE de 10 de febrero).

a) En el **balance** han de figurar de forma separada:

- el activo,
- el pasivo y
- el patrimonio neto.

El **activo** comprende el **activo fijo o no corriente** y el **activo circulante o corriente**. En la nueva regulación el activo circulante comprende los elementos patrimoniales del activo que se espera vender, consumir o realizar en el

transcurso del ciclo normal de explotación, así como aquellas partidas cuyo vencimiento, enajenación o realización se espera que se produzca en el plazo máximo de un año contado a partir de la fecha del cierre del ejercicio. Por contraste, el activo fijo está integrado por todos los elementos que no forman parte del activo circulante (art. 35.1.I C. de c.).

En el **pasivo**, el legislador distingue, de forma similar, el **pasivo no corriente** y el **pasivo circulante o corriente**. En dicha distinción sigue vigente como parámetro de determinación entre uno y otro el plazo del año. Así, el pasivo circulante o corriente comprende las obligaciones cuyo vencimiento o extinción se espera que se produzca dentro del ciclo de explotación o no exceda del plazo máximo de un año a contar desde la fecha de cierre del ejercicio. Los demás elementos del pasivo se califican como no corrientes. En aras del principio de prudencia, se obliga al empresario a que figuren de forma separada las provisiones u obligaciones en las que exista incertidumbre acerca de su cuantía y su vencimiento.

En cuanto al **patrimonio neto** habrán de diferenciarse los **fondos propios del resto de las partidas** que lo integran y que se determinan en el art. 36 C. de c., que ha sido objeto de reforma por **RD Ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan las medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias** (BOE, 304, 18 de diciembre).

Conforme a la nueva redacción del art. 36 C. de c., el patrimonio neto es la "parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Incluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten".

De otra parte, a los **solos efectos de la distribución de beneficios, de la reducción obligatoria de capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas**, de acuerdo con lo dispuesto en la regulación legal de sociedades anónimas y de sociedades de responsabilidad limitada, se considera como patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión o asunción del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo. También a los citados efectos, los ajustes de cambio de valor originados en operaciones de cobertura de flujos efectivos pendientes de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias no se considerarán patrimo-

nio neto. Asimismo, siguen considerándose, en dichas situaciones legales, los préstamos participativos como fondos propios y han de computarse como patrimonio neto.

b) La **cuenta de pérdidas y ganancias** tiene la función de informar sobre el resultado del ejercicio. En ella constan de forma separada los ingresos y gastos computables, distinguiendo los resultados de explotación de los que no lo sean. También de forma separada debe constar la cifra de negocios, los consumos de existencias, los gastos de personal, las dotaciones a la amortización, las correcciones valorativas, las variaciones de valor por aplicación del criterio del valor razonable, los ingresos y gastos financieros, las pérdidas y ganancias originadas en la enajenación de activos fijos y el gasto por el impuesto sobre beneficios.

c) El **estado de cambios en el patrimonio neto** comprende, de una parte, los ingresos y gastos generados por la actividad de la empresa y, de otra, los cambios en el patrimonio neto derivados de las transacciones realizadas con los socios de la empresa o por los cambios en criterios contables, corrección de errores y otros ajustes (art. 35.3 C. de c.).

d) El **estado de flujos de efectivo** tiene como función poner de manifiesto los cobros y pagos realizados por la empresa, con el fin de informar sobre los movimientos de efectivos originados en el ejercicio.

e) La **memoria** sigue teniendo, tras la reforma contable de 2007, la función informativa de ampliar, completar y comentar la información contenida en el balance y en la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios del patrimonio neto y el estado de flujos de efectivo (art. 35.5 C. de c.)

4.4.2. Los principios contables

Los principios contables ofrecen criterios de elaboración e interpretación de los documentos que integran las cuentas anuales. Los artículos 34 y especialmente 38 C. de c. establecen los principios generales que deben presidir la redacción de las cuentas anuales.

Con arreglo al art. 34 C. de c., las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales.

El **principio de claridad** se ha identificado tradicionalmente con la exigencia de detalle y minuciosidad a través de un estricto cumplimiento de los esquemas legales del balance y la cuenta de pérdidas y ganancias. Este principio de claridad se alcanza a través de la cumplimentación de los modelos oficiales de

cuentas anuales [Orden de 28 de enero de 2009, BOE de 10 de febrero]. Del seguimiento de estos modelos puede haber excepciones, pero sustancialmente se entiende que si una contabilidad da como resultado unas cuentas anuales elaboradas conforme a los modelos, legal o reglamentariamente establecidos, dicha contabilidad cumplirá, al menos formalmente, con el principio de claridad (STS de 26 de noviembre de 1990, RJ. 10.585).

A diferencia de un pasado reciente, el legislador español se ha alejado de la exigencia de la veracidad material de las cuentas anuales, a la imperatividad de que las cuentas anuales muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa (arts. 34.2 C. de c. y art. 172.2 LSA).

El **principio de imagen fiel** que introduce este artículo proviene del principio anglosajón "*the true and fair view*". Ciertamente, nos movemos aquí en un ámbito contable puramente convencional, de ahí que resulte impropio exigir veracidad o realidad, sino que más bien resulta oportuno exigir que las cuentas anuales muestren la imagen fiel (STS de 23 de octubre de 1999, RJ 7341), como resultado de aplicar los principios contables y demás normas de contabilidad generalmente aceptadas, salvo en aquellos casos excepcionales en los que la aplicación de un principio contable tenga como resultado alterar las cuentas anuales de forma tal que fueran incompatibles con la imagen fiel.

El verdadero sentido del principio de imagen fiel, que prima sobre los demás principios contables, lo ofrece el propio Plan General Contable (PGC), según el cual **la imagen fiel es el corolario de aplicar sistemática y regularmente los principios contables, entendiéndolos como el mecanismo capaz de expresar la realidad económica de las transacciones realizadas.**

De ahí que, a tal fin, no serían aplicables las disposiciones legales, en materia de contabilidad, relativas a una operación que fueran excepcional y manifiestamente incompatibles con la imagen fiel que deben mostrar las cuentas anuales. De este modo, la empresa deberá ajustar sistemáticamente la contabilidad y sus cuentas anuales a los principios legales que les sean aplicables, excepto cuando su aplicación conduzca a que los registros o formulación de las cuentas anuales distorsione la imagen fiel que un tercero pueda formarse sobre la "verdadera", en "términos económicos", situación patrimonial y financiera y de los resultados habidos en el ejercicio. Además, en aras de la imagen fiel, el C. de c. dispone la obligatoriedad de suministrar en la memoria aquellas informaciones necesarias, que no se desprendan directamente de las cuentas anuales, y que completen éstas en el sentido de que alcancen con suficiente claridad, gracias a aquellas informaciones, el principio de imagen fiel. Es más: el apartado cuarto del art. 34 C. de c. introduce el principio de inaplicación de las normas contrarias a la imagen fiel y su falta de aplicación en casos excepcionales. En cualquier caso, cuando se recurra a la no aplicación excepcional de una norma legal contable, en aras del principio de imagen fiel, se hará constar en la memoria, con indicación de sus motivos y con explicación de su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa.

El artículo 38 del C. de c. contempla los **principios contables generalmente aceptados**, que tienen carácter vinculante.

Según el artículo citado, la valoración de los elementos integrantes de las distintas partidas que figuren en las cuentas anuales deberá realizarse conforme a los principios generalmente aceptados. La aplicación de estos principios persigue mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa.

De estos principios se destacan particularmente los siguientes:

a) Principio de empresa en funcionamiento

Se considerará que la gestión de la empresa tiene duración ilimitada. En consecuencia, la aplicación de los principios contables no irá encaminada a determinar el valor del patrimonio a efectos de su venta o enajenación global o parcial, ni el importe resultante en caso de liquidación. El art. 38 a) C. de c. dispone que "salvo prueba en contrario, se presumirá que la empresa continúe en funcionamiento".

b) Principio de uniformidad

Adoptado un criterio en la aplicación de los principios contables dentro de las alternativas que, en su caso, éstos permitan, deberá mantenerse en el tiempo y en el espacio en tanto no se alteren los supuestos que motivaron la elección de dicho criterio. Este principio también se recoge en el art. 38 C. de c. que ordena que "no se variarán los criterios de valoración de un ejercicio a otro".

c) Principio de prudencia valorativa

Únicamente se contabilizarán los beneficios realizados hasta la fecha del cierre del ejercicio (art. 38.c) C. de c.). Ello no obstante, deben tenerse presentes todos los riesgos con origen en el ejercicio o en otro anterior, incluso si sólo se conocieran entre la fecha de cierre del balance y la fecha en que éste se formule. Asimismo, debe tenerse en cuenta las amortizaciones y correcciones de valor por deterioro en el valor de los activos, tanto si el ejercicio se salda con beneficio como con pérdida. En todo caso, se exige prudencia en las estimaciones y valoraciones a realizar en condiciones de incertidumbre.

d) Principio de devengo

Los ingresos y gastos se contabilizarán y, por lo tanto, se imputarán a un ejercicio concreto, cuando se produzcan los hechos que los ocasionan y no cuando se pague o cobre físicamente el dinero que corresponda. Es decir, la imputación de ingresos y gastos deberá hacerse en función de la corriente real de bienes y servicios que los mismos representan y con independencia del momento en que se produzca la corriente monetaria o financiera derivada de ellos. El

art. 38 d) C. de c. es claro en ese sentido cuando dispone que "se imputarán al ejercicio al que las cuentas anuales se refieran los gastos y los ingresos que afecten al mismo, con independencia de la fecha de su pago o de su cobro".

e) Principio de no compensación

En ningún caso podrán compensarse las partidas del activo y del pasivo del balance, ni las de gastos e ingresos. Deben valorarse separadamente los elementos integrantes de las distintas partidas del activo y del pasivo.

f) Principio del precio de adquisición

Tradicionalmente, todos los bienes y derechos que forman parte del inmovilizado o del circulante se han contabilizado por su precio de adquisición o coste de producción. En cuanto a las deudas, lo han hecho por su valor de reembolso. El principio del precio de adquisición deberá respetarse siempre salvo cuando se autoricen, por ley, rectificaciones al mismo. Nos hallamos, por tanto, en un caso excepcional, que fundamenta la no aplicación del principio de coste adquisición.

Rectificaciones

Históricamente, la Ley de Regularización de Balances 76/1961, de 23 de diciembre, permitió a las sociedades revalorizar los activos mediante índices (actualización) e incluso introducir en las cuentas partidas no contabilizadas (regularización); asimismo, el RD-Ley 7/1996, de 7 de junio, permitió una actualización voluntaria de balances con el pago de un gravamen especial y único del 3% sobre las revalorizaciones de activos del inmovilizado material previamente contabilizados, conforme a una tabla de coeficientes máximos de actualización (v. RD 2607/1996, de 2º de diciembre y OM de 8 de enero de 1997).

En la actualidad, y **tras la reforma contable de 2007**, se insiste en dicho principio en cuanto al art. 38, f) C. de c., establece que los activos se contabilizarán por el precio de adquisición o por el coste de producción, y los pasivos por el valor de la contrapartida recibida a cambio de incurrir en la deuda, más los intereses devengados pendientes de pago. Las provisiones, además, se contabilizan por el valor actual de la mejor estimación del importe necesario para hacer frente a la obligación, en la fecha del cierre del balance.

g) Principio de importancia relativa

En determinados casos puede aceptarse la no aplicación estricta de alguno de los principios anteriores, siempre que con ello no se altere en términos cuantitativos de manera significativa el contenido de la información financiera y, en consecuencia, no afecte a la imagen fiel. Este principio se recoge en el art. 38. i) C. de c.

h) Principio o criterio del valor razonable

La reforma contable de 2007 introduce una **importante excepción al principio de coste histórico**, que es el del valor razonable, que se determina por referencia del "valor de mercado fiable", siempre que éste exista. Con todo, este principio es excepcional y se restringe en el art. 38 bis C. de c. a determinados instrumentos financieros, si bien el número 5 permite su aplicación extensiva a otros instrumentos financieros distintos a los previstos en el número 1.

4.4.3. Las cuentas anuales consolidadas

La disciplina de las cuentas anuales consolidadas de los grupos de sociedades responde a la adecuación de la Séptima Directiva del Consejo, de 13 de junio de 1983. La finalidad de la disciplina de la consolidación en el Código de Comercio (artículos 42 a 49) se circunscribe exclusivamente a una función informativa, como es **representar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados del grupo de sociedades**.

4.4.4. La auditoría de las cuentas anuales del empresario mercantil individual

En términos generales, los empresarios están obligados a someterse a auditoría cuando así lo acuerde el juzgado competente, incluso en vía de jurisdicción voluntaria si acoge la petición fundada de quien acredite un interés legítimo. Al peticionario ha de exigírsele caución adecuada para responder del pago de las costas procesales y de los gastos de auditoría. Por tanto, puede solicitarse al juez dentro de cualquier procedimiento, como prueba, tanto en los procedimientos ordinarios como en cualquiera de los especiales que la Ley 1/2000 no lo prohíba expresamente, y siempre que el juez lo considere pertinente, porque concurra interés legítimo del solicitante. Por lo tanto, la solicitud de verificación, en la práctica, se hará mediante un procedimiento específico para ello. Lo normal es que se solicite mediante un expediente de jurisdicción voluntaria. Dicho expediente se regulará por las normas establecidas para la jurisdicción voluntaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, habida cuenta de que tales disposiciones no han sido derogadas por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y, por lo tanto, siguen vigentes.

Este procedimiento de jurisdicción voluntaria no se aplicará en los casos en que el empresario sea una sociedad anónima, de responsabilidad limitada o comanditaria por acciones, pues en ese caso existe un expediente ante el Registro Mercantil expresamente pensado para estos supuestos. Dicho expediente aparece regulado en los artículos 350 al 364 del RRM, y en concreto, para aquellas sociedades no obligadas a verificación, en los artículos 359 y siguientes del RRM.

En lo que se refiere a la formulación, sometimiento a auditoría y publicación de las cuentas anuales de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones, el Código de Comercio remite, en su artículo 41, a sus propias normas que son, en general, el título VII de la LSA, que también

se aplicará (con excepción de su sección 9.^a, relativa a la aprobación de las cuentas) a las sociedades colectivas y comanditarias simples cuando a fecha de cierre del ejercicio todos los socios colectivos sean sociedades españolas o extranjeras.

Las sociedades tienen obligación de presentar las cuentas anuales y, en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas para su depósito en el Registro Mercantil de la provincia donde la sociedad tenga su domicilio social, quien una vez verificado el depósito remitirá los datos al Registro Mercantil Central, que mandará publicar tal circunstancia en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Desde su depósito, las cuentas gozarán de la publicidad registral y cualquier tercero podrá acceder a su contenido (artículos 208 y siguientes de la LSA y 365 al 371 del RRM).

5. La representación mercantil

5.1. Los auxiliares del empresario mercantil

En el ejercicio de su actividad mercantil, el empresario utiliza a otras personas que de forma directa o indirecta colaboran con él en el ejercicio de su actividad empresarial. Hay que distinguir:

- Los auxiliares del comerciante que colaboran de forma permanente en la empresa, sometidos a un régimen de dependencia o subordinación con respecto del empresario.
- Aquellos colaboradores autónomos o independientes⁵.

Dentro de la categoría de **auxiliares dependientes** del empresario, deben distinguirse:

- Los auxiliares que, en régimen de subordinación, se limitan a la prestación de servicios intelectuales o manuales.
- Aquéllos dotados de un poder de representación del empresario que les faculta a actuar válidamente en nombre y por cuenta de éste en su tráfico mercantil. De estos últimos se preocupa el Código de comercio al establecer un régimen jurídico especial para los factores, dependientes y mancebos.

La relación jurídica que vincula al auxiliar con el empresario es de naturaleza laboral, basada en un contrato de trabajo que se regirá por normas laborales (Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, Real decreto 1382/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, y Real decreto 1438/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral de carácter especial de personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir su riesgo y ventura).

Definida la relación interna empresario-auxiliar como un contrato de trabajo, lo que interesa al Derecho Mercantil es la actuación externa de los auxiliares por cuenta del empresario. Esta actuación externa, consistente en la facultad para representar al empresario frente a terceros, se limita por un lado al giro o tráfico del comerciante, pero por otro estos auxiliares están dotados de poder

⁽⁵⁾ Así, por ejemplo, el agente que promueve o/y concluye actos u operaciones de comercio por cuenta del principal es un empresario autónomo, un intermediario independiente que organiza su actividad profesional y el tiempo dedicado a ella (v. art. 2 Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia).

de representación por el mero hecho de su incorporación a la organización empresarial, sin necesidad de otorgamiento de poder o apoderamiento expreso. Es suficiente la apariencia que en el público genera su integración.

La representación del **factor** es, como la del resto de los apoderados singulares, una **representación voluntaria** (art. 281 C. de c.). No debe, por tanto, confundirse con la de los administradores sociales, **representantes legales** de la sociedad. La representación de los administradores tiene su origen en la ley, que necesariamente debe dotar a las sociedades mercantiles de un órgano permanente y necesario al cual encomendar la gestión y representación social (v. por ejemplo 128 LSA).

5.2. Clases de auxiliares del empresario

El Código de comercio distingue dos clases de representantes del empresario, conforme a la amplitud del poder conferido. El apoderamiento puede comprender la totalidad de las gestiones inherentes al tráfico o giro del empresario o, por el contrario, estar circunscrito a la realización de algunas gestiones o a una rama o actividad concreta de la actividad comercial. En el primer caso, nos hallamos en presencia del **factor** (ver, por ejemplo, arts. 282, 283 y 284 a 291); en el segundo, de los **dependientes** (v. por ejemplo arts. 292, 300 y 301) o mancebos (por ejemplo 293, 294, 295 y 298).

5.3. El factor como apoderado general

El factor es el apoderado general que el comerciante sitúa al frente de su establecimiento para que realice en su nombre y por su cuenta el giro o tráfico que le es propio. Para ello, administrará, dirigirá y contratará sobre las cosas concernientes a dicho establecimiento (arts. 281 y 283 C. de c.).

La **capacidad** que deberá tener el factor con el fin de actuar como representante del empresario es la capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio; es decir, ser mayor de edad y tener la libre disposición de sus bienes (artículo 4 del Código de comercio). El Código de comercio relaciona, pues, al igual que la del comerciante, la capacidad del factor, entendida como capacidad de obrar o aptitud para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, y de realizar actos con eficacia jurídica, al estado civil de mayoría de edad (artículo 315 del Código civil) y de independencia, en su vertiente de no incapacitación. De igual modo, tampoco podrán ser factores quienes estén incurso en alguna prohibición legal, absoluta o relativa, de derecho público o de derecho privado (artículos 13 y 14 del Código de comercio).

El poder de representación del factor viene delimitado por el conjunto de facultades que le confiera el comerciante para intervenir en su tráfico mercantil. Ejercitando el poder de que se inviste, el factor estará facultado para realizar actos jurídicos con trascendencia para el empresario, dado el carácter representativo de su condición. Por ello, ejercerá derechos subjetivos de aquél, cumpliendo sus obligaciones o emitiendo declaraciones constitutivas de negocios jurídicos o encaminados a integrar un negocio jurídico. El **contenido del poder** del factor viene legalmente determinado por el artículo 283 del Código de comercio. Se trata de un contenido mínimo, que no es posible limitar, ni suprimir ni desnaturalizar en perjuicio de la apariencia. Este contenido está delimitado y limitado por la propia función que asume mínimamente el factor como gerente, al cual se le encomienda la dirección y administración del establecimiento del comerciante y la contratación con terceros. El empresario o principal quedará vinculado con terceros sólo en el caso de que los actos realizados por el factor vayan referidos a operaciones relacionadas dentro del giro o tráfico del establecimiento (art. 281 C. de c.; para el caso de factor notorio, consultad art. 286 C. de c.). Ciertamente, más allá de este ámbito objetivo (tráfico y giro de la empresa), el factor puede vincular al empresario siempre y cuando exista autorización expresa o ratificación ulterior de éste.

La segunda relación –externa– es la que se dará entre el factor y los terceros con quienes se relaciona, circunscrita al ámbito objetivo donde el factor interviene –el tráfico de su comerciante–, más allá del cual no podrá vincularlo, salvo, obviamente, que exista autorización expresa o ratificación posterior del mismo. En relación con el ámbito de actuación, el contenido y alcance del poder del factor dependerá de la voluntad del comerciante, de cómo y con qué amplitud haya querido apoderarle (art. 283: con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario). En principio, debe estimarse que el contenido del apoderamiento se extiende a todos los actos "concernientes al establecimiento", es decir, tanto a los que tienen una referencia inmediata al objeto de la empresa como aquellos otros que son necesarios para asegurar su normal desarrollo. El poder de representación debe documentarse en escritura pública, y ésta tiene que inscribirse en el Registro Mercantil (artículos 87.2.º y 93.2.º, 94.5.º y 95.1.º del Reglamento del Registro Mercantil). Las limitaciones que el comerciante pueda imponer a las facultades representativas de su factor, al amparo del artículo 283, no pueden ser de tal intensidad que conduzcan a desnaturalizar la función que el Código le asigna como gerente autorizado para dirigir y administrar el establecimiento de su comerciante y contratar en su nombre y por su cuenta. Algo así conduciría a desnaturalizar su figura y confundirla con la del resto de los auxiliares del comerciante, en perjuicio de la seguridad del tráfico mercantil.

Cuando el factor actúa en el giro y tráfico de la empresa, debe declarar expresamente que lo hace en representación del comerciante, ya sea verbalmente o por escrito, revelando expresamente al tercero con quien contrata su carácter representativo y la identidad del comerciante, a los efectos de no quedar él sino su representado vinculado por consecuencia de su actuación

(*contemplatio dominii*, o *alieno nomine*). La *contemplatio dominii* puede manifestarse de forma expresa o tácita. El hecho de que el factor manifieste expresamente al tercero con quien contrata su carácter representativo y la identidad del empresario no debe plantear problema alguno. Manifestado el carácter representativo con que actúa, el tercero conoce que contrata con el representante voluntario del empresario (v., por ejemplo, art. 9 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque). Sin embargo, en múltiples ocasiones, el factor no manifiesta a los terceros contratantes la identidad del empresario. **Aun cuando no haya manifestación del factor al tercero de la identidad del comerciante**, ésta es contemplada por las partes contratantes, ya que resulta evidenciada por la situación del factor al frente del establecimiento de su comerciante, reveladora tanto para éste como para el tercero con quien contrata. Los dos, cuando contratan, contemplan a la persona del comerciante. Ambas partes son plenamente conscientes de que lo que realmente están negociando y contratando lo es en interés de un tercero, el principal del representante, por cuanto interesa al factor vincular a su principal y no quedar él vinculado con su contratante, y a éste, por el contrario, quedar vinculado con el principal del factor.

Cuando así ocurre, y la actuación del factor se hace en nombre y por cuenta del empresario, se habla de representación directa, abierta o *alieno nomine*. Si el factor actúa de esta forma, los efectos que de su actuación se derivan son los de atribuir las consecuencias de la misma –los derechos y las obligaciones que se deriven del negocio jurídico concluido por el factor con los terceros con quienes contrata– directa e inmediatamente a la persona del comerciante. Por ello, no será preciso un acto posterior de transmisión de los mismos del factor al comerciante. El contrato concluido por el factor vale como si hubiere sido concluido por éste. Los derechos y las obligaciones que nacen del mismo son inmediatos derechos y obligaciones del comerciante. El comerciante es quien quedará vinculado por la relación jurídica establecida por el factor, a quien ninguno de los efectos que se deriven del acto concluido merced a su gestión le serán atribuibles.

El empresario debe cumplir con las obligaciones contraídas por el factor en el giro y tráfico del establecimiento mercantil. Ésta no es sino la consecuencia de la **representación directa**. Es el comerciante el que contrae las obligaciones con los terceros con quienes el factor contrata. De ahí que, en consecuencia, responda del cumplimiento de las mismas con todo su patrimonio personal (art. 1911 CC).

Confusión de patrimonios de factor y comerciante

Esta norma general tiene, sin embargo, una excepción en el caso de **confusión de patrimonios de factor y comerciante**. El supuesto de confusión de patrimonios del factor con los del empresario tiene lugar en los casos de imposibilidad física de separación y/o de identificación de los bienes que integran el patrimonio de uno y otro. Esto acontecerá en los supuestos de unión o adjunción (artículos 375 a 379 del Código Civil) o de mezcla o confusión (artículos 381 y 382 del Código Civil), que no son sino supuestos concretos de accesión de bienes muebles. El primer caso regula un supuesto de unión de dos o más

cosas muebles pertenecientes a distintos dueños para formar un todo en el cual, si bien se distingue una y otra cosa, no pueden separarse sin perjudicar su naturaleza. La mezcla o confusión, por el contrario, regula un supuesto de unión de líquidos o sólidos correspondientes a distintos propietarios que se confunden. En los supuestos en que los bienes del factor y comerciante estén unidos o mezclados, los terceros podrán hacer efectivos sobre ellos el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el factor. Podemos pensar, por ejemplo, en el género manufacturado por el comerciante con materia prima del factor. Aun cuando la materia sea propiedad del factor, está confundida con el género del comerciante, sin que pueda identificarse lo que es propiedad de uno y otro. Estos bienes unidos o mezclados, aunque contengan bienes propiedad del factor, quedan expuestos a la acción de los terceros. Se daría, por consiguiente, un supuesto de responsabilidad sin deuda del factor.

La confusión se dará también en todos aquellos supuestos en que el verdadero empresario (**empresario oculto**) se presenta al exterior como un simple factor (**factor aparente**), para que, al amparo de dicha norma, recaiga sobre quien no es el verdadero empresario, sino un tercero interpuesto por aquél, cuyo nombre utiliza en el tráfico (**empresario aparente**), la responsabilidad patrimonial de su actuación. En tal caso, quien es verdadero empresario y factor aparente se sirve de su actuación como tal factor para, a partir del deslinde formal de patrimonios, sustraer el suyo propio a la posible acción de sus acreedores. Se trataría de extender con dicha excepción la responsabilidad a quien, bajo la apariencia de factor, quiere presentar una formal separación de patrimonios que realmente no existe y que se hallan confundidos.

En cambio, si el factor actúa en nombre propio como si el establecimiento mercantil fuera suyo, será él el responsable frente a los terceros del cumplimiento de las obligaciones y no su empresario. No obstante, el Código de comercio incluye una **excepción** a este principio general de la tradición secular: el denominado **factor notorio**.

El Código de comercio alude al factor que notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas (art. 286 C. de c.).

El **factor notorio** es aquel que opera al frente del establecimiento mercantil con conocimiento del público de su actuación como apoderado general tácito. Es decir, resulta preciso que el poder no sea expreso, o que, al menos, de haber sido expreso, no conste en el Registro Mercantil (v. STS de 25 de abril de 1986). El factor notorio está investido de un apoderamiento no inscrito.

Los efectos de la actuación del factor notorio son evidentes: los contratos celebrados por dicho factor se entenderán realizados por cuenta del propietario (empresario)...

"... aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos, o se alegue abuso de confianza, transgresión de facultades o apropiación por el factor de los efectos objeto del contrato, siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento, o si aun siendo de otra naturaleza, resultó que el factor obró con orden de su comitente, o que éste aprobó su gestión en terminos expresos o por hechos positivos." (art. 286 C. de c.).

La institución del factor notorio responde a exigencias de seguridad del tráfico mercantil y de protección de terceros de buena fe, quienes precisamente, confiados en la apariencia creada por la situación del factor al frente del establecimiento, contratan con él.

El artículo 287 del Código establece una regla general y una excepción en lo referente a los efectos que tengan que derivarse de la **actuación del factor en su propio nombre**.

a) La **regla general** no supone sino aplicación de los principios generales de la representación indirecta al caso del factor: si éste actúa en nombre propio, las consecuencias que se deriven de dicha actuación le vincularán a él, y no al comerciante. Éste sólo quedará vinculado con el tercero contratante cuando exista un posterior acto de transmisión del factor al comerciante de los efectos que se deriven del acto o negocio jurídico celebrado con el tercero con quien el factor contrató.

b) Mayor interés que la regla general tiene la **excepción** que dicho artículo contempla, consistente en que si la negociación se hubiere hecho en nombre propio, pero por cuenta del comerciante, los terceros con quienes contrató el factor podrán dirigirse también contra el comerciante.

Cabe preguntarse cuándo se entenderá que la negociación llevada a cabo por el factor se ha realizado por cuenta del comerciante. Esto exige poner en conexión este precepto con el anterior del Código, en cuanto el artículo 286 establece los casos en que se entenderá realizada la negociación por cuenta del principal, y el artículo 287 las consecuencias que deban derivarse de la actuación del factor por cuenta de aquél, aun en el caso de que lo haya hecho en nombre propio.

Así, de una interpretación conjunta de ambos preceptos, cabe concluir que la negociación del factor se entenderá realizada por cuenta del comerciante cuando vaya referida a cuanto se halle comprendido dentro del giro o tráfico del establecimiento. Sin embargo, a diferencia del citado precepto, no exige el artículo 287 del Código que deba tratarse de un factor notorio, por lo cual, si actúa así el factor con poder inscrito, también vinculará a su comerciante.

Se establece de esta forma una importante excepción al principio general de la representación indirecta:

La actuación del factor realizada en nombre propio (*propio nomine*) pero por cuenta del principal, es decir, comprendida en el giro o tráfico del establecimiento, será vinculante no sólo para él, sino también para el comerciante por cuya cuenta actuó.

El interés del comerciante, plasmado en la realización de la gestión del factor dentro del giro o tráfico de su establecimiento, es, pues, lo que permitirá a los terceros contratantes optar por dirigirse contra aquél. Para ello, estos deberán probar efectivamente que se haya realizado la gestión del factor por cuenta del comerciante, dentro de su giro o tráfico mercantil.

En su actuación, el factor está sometido a la **prohibición de competencia**. La prohibición legal impuesta al factor, de no concurrir en nombre propio o ajeno con su principal, no es sino una manifestación legal del deber de fidelidad y buena fe que debe presidir las relaciones de confianza entre el representante y su principal. Únicamente en el caso de que el empresario le autorice expresamente, podrá el factor realizar por cuenta propia operaciones del mismo género, en cuyo caso el empresario no participará en las ganancias o pérdidas que se originen como consecuencia de las mismas.

La consecuencia directa de la infracción del deber de no competencia, en el ámbito mercantil, es la sanción civil de la atribución de todos los beneficios procedentes de la operación al empresario, y al factor la imputación de todas las pérdidas.

Lo dicho anteriormente, no significa que el empresario no pueda por voluntad propia hacer partícipe de los resultados de las operaciones en que interviene al factor (factor interesado). A efectos únicamente retributivos se le equipara al socio industrial (art. 140 C. de c.) cuando no haya aportado capital. Si el factor interesado aportó capital, su participación en las ganancias será proporcional a su aportación, salvo pacto en contrario (art. 288.IV C. de c.). Por el único hecho de interesarse en la operación, el factor no tiene por qué quedar obligado con respecto a los terceros con quienes contrató, pues el pacto de participación queda reservado a factor y comerciante, sin que trascienda a estos terceros.

El mismo fundamento tiene la asunción por parte del empresario de las multas que se impusieran al factor por sanciones fiscales o administrativas, sin perjuicio de su derecho de repetición contra su apoderado general, para el caso de que haya mediado dolo o negligencia del factor en el desempeño de su función.

Los poderes conferidos a un factor se estimarán subsistentes mientras no le fueren expresamente revocados, a pesar de la muerte de su principal o de la persona de quien en debida forma los hubiere recibido (art. 291 C. de c.). En cambio, aparte de la renuncia, la muerte o inhabilitación del factor son causa de extinción del poder. Ésta no es sino una manifestación del carácter estable de la colaboración del factor.

La **revocación del poder** es la declaración de voluntad del empresario que tiene como finalidad retirar la potestad concedida al apoderado, destruyendo así la legitimidad de que se halla investido. La revocación constituye un acto jurídico unilateral extintivo y recepticio del empresario al factor o apoderado general. Los efectos del acto de revocación se proyectan básicamente hacia el futuro (*ex nunc*), sin alterar los actos y negocios realizados por el factor en el pasado.

El Código exige que la revocación del poder sea **expresa**. En realidad, la forma de la revocación dependerá de la forma de apoderamiento. Así, de existir un poder inscrito, la revocación deberá, como el poder, documentarse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil (artículos 87.2 y 94.5 del Reglamento del Registro Mercantil). Si el poder se documentó, aunque no fuera en escritura pública, la revocación deberá constar documentalmente. Si fue verbal, podrá hacerse también verbalmente. En todo caso, el factor deberá tener conocimiento de la revocación. Cuando el empresario interesa al factor en la realización de una o varias operaciones mercantiles ex art. 288 C. de c., se suscitan dudas en torno a la libre revocación del poder del factor. La respuesta a este problema debe tener presente la licitud de un **pacto de irrevocabilidad del poder**, por el cual el empresario puede renunciar a su derecho de revocación, siempre y cuando se cumplan las condiciones del art. 6.2 CC (art. 1255 CC).

Para que la revocación sea eficaz frente al factor, es preciso **que llegue a conocimiento de éste**. El destinatario natural de tal acto es el factor, la persona a quien debe comunicarla el comerciante. Se constituye de este modo en una carga del poderdante la realización de dicha comunicación a los efectos de evitar precisamente que por la actuación de aquél pueda éste quedar vinculado. Por ello, bastará cualquier medio legítimo que permita al poderdante acreditar que tal recepción se ha producido, o cuando menos, hacer lo preciso para que su declaración revocatoria pueda llegar a conocimiento del apoderado, pues es evidente que existirán supuestos en que la notificación sea imposible por desconocerse su paradero. De ser tácito el apoderamiento, por desprenderse así de hechos concluyentes, los encaminados a destruir dicha apariencia deberán tener suficiente entidad como para que puedan ser conocidos por el factor.

Condicionada la revocación a su recepción por el factor, una vez recibida ésta, desplegará su eficacia extintiva, si bien tales efectos se producirán desde entonces (*ex tunc*), por lo que en ningún caso afectará a los actos y contratos realizados por el factor con anterioridad a haber tenido conocimiento de la misma.

La revocación sólo será oponible a terceros de buena fe desde la publicación del acto inscrito en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

5.4. Los dependientes y mancebos como apoderados singulares

Los dependientes son, a diferencia del factor, apoderados singulares, investidos de un poder limitado a las operaciones propias de un determinado ramo del tráfico o giro del establecimiento mercantil.

Los mancebos son apoderados singulares autorizados para regir una operación mercantil o alguna parte del giro o tráfico de su principal. El contenido del poder de éstos viene tipificado por el Código, que les asigna la venta al por menor y al por mayor y la recepción de mercaderías (artículos 294 y 295 C. de c.).

El contenido presuntivo del poder del dependiente y el del mancebo, al cual se reputa autorizado para efectuar las operaciones descritas en los artículos 294 y 295 C. de c., encuentran su fundamento en la apariencia que con su actuación generan. Por ello, con la salvedad de aquellas limitaciones que hayan recibido la publicidad oportuna, el comerciante queda vinculado por todos los actos que estos auxiliares hayan realizado en uso de las facultades que sean necesarias para el desempeño de la función que les ha confiado.

Estos apoderamientos singulares podrán efectuarse por pacto verbal o escrito, sin que sea obligatoria su inscripción en el Registro Mercantil (arts. 87.2.º y 94.5.º Reglamento del Registro Mercantil). Será suficiente su publicidad a los particulares por medio de avisos públicos o circulares (art. 292 C. de c. y STS de 22 de junio de 1989).

Ya que la relación representativa que vincula al comerciante con sus auxiliares es de carácter marcadamente personal, con base y fundamento en la confianza y fidelidad existente entre representado y representante, la primera consecuencia que de ello se deriva es la obligación del representante de llevar a cabo la gestión representativa personalmente. El principal designa a sus auxiliares para que le representen en el tráfico atendiendo a la confianza y a las cualidades de la persona que precisamente designa como apoderado. Por ello, no le es indiferente quién realice la gestión encomendada.

Ello no debe impedir, e incluso tal vez sea necesario, que por un principio de eficacia en el ejercicio de las facultades de las que por poder está investido, pueda el auxiliar recabar la colaboración de otras personas que le sustituyan en su gestión, si bien será necesario que para ello cuente con autorización del principal.

Los factores y mancebos de comercio serán responsables con respecto a sus principales de cualquier perjuicio que causen a sus intereses por haber procedido en el desempeño de sus funciones con malicia, negligencia o infracción de las órdenes o instrucciones que hubieren recibido. Se aplican, por tanto, a los factores y mancebos los principios generales de responsabilidad contractual (art. 1001 y siguientes del Código Civil). Si los auxiliares del comerciante están vinculados a éste por contrato, normalmente de carácter laboral, el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, bien sea por dolo (malicia), negligencia o por infracción de las instrucciones recibidas, conllevará que deban responder de dicho incumplimiento frente a su principal.

El empresario es responsable (art. 1903.4 CC) como consecuencia de los daños causados a terceros por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuviere empleados, o con ocasión de sus funciones, con fundamento en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, sin perjuicio de la acción de repetición que contra aquéllos le concede el primer párrafo del artículo 1904 de dicho texto legal.

Resumen

Hemos dedicado este módulo al estudio del estatuto jurídico del empresario mercantil, esto es, de la persona física o jurídica que ejercita, en nombre propio, una actividad económica de producción o de distribución de bienes o de servicios en el mercado. Dicho estatuto viene integrado, de una parte, por dos deberes legales: el deber de inscripción del empresario y de sus actos en el Registro Mercantil, obligación que es, sin embargo, potestativa para el empresario individual; y el deber de llevanza de una contabilidad ordenada y adecuada a la actividad que desarrolla, así como de los libros exigidos a las sociedades mercantiles. El estatuto del empresario se completa, por otra parte, con el régimen concursal para el tratamiento de la crisis empresarial, que es objeto de estudio en otro módulo.

Hemos analizado la publicidad legal mercantil, estudiando el Registro Mercantil, su noción, orígenes y funcionamiento, así como su sistema organizativo y la función calificadora del registrador. En el epígrafe dedicado a los principios del Registro Mercantil, hemos examinado los principios de obligatoriedad, de titulación pública, de presunción de exactitud del Registro (o principio de legitimación), de fe pública registral, de prioridad, de tracto sucesivo y de rogación. Nos hemos detenido con mayor detalle en el examen de los principios de publicidad formal y de publicidad material o principio de oponibilidad, para analizar finalmente el conjunto de sujetos obligados a inscripción y la inscripción potestativa del empresario individual.

El análisis de la disciplina contable ha sido el otro gran eje del módulo. Hemos examinado el deber de contabilidad, los libros obligatorios y los requisitos formales de la contabilidad, así como los principios contables. En un apartado ulterior hemos visto el régimen de las cuentas anuales, estudiando el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria, así como los principios contables para la elaboración e interpretación de los documentos que integran dichas cuentas.

Por último, hemos analizado el régimen de la representación mercantil, estudiando la figura de los auxiliares del empresario y en particular la del factor, como apoderado general.

Ejercicios de autoevaluación

1. El menor emancipado puede ser empresario?
2. ¿Cuáles son los libros obligatorios del empresario mercantil?
3. ¿Qué es el patrimonio neto?
4. ¿Qué es un factor notorio?

Solucionario

1. El menor de edad emancipado no puede ser empresario por la razón de que, si bien puede registrar su persona y sus bienes, carece de la libre y plena disposición de estos bienes. Como es sabido, no puede tomar dinero a préstamo, gravar ni vender inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador (art. 323 CC). No obstante, el C. de c. admite que el menor de edad y el incapacitado judicialmente puedan continuar el ejercicio de la actividad empresarial "que hubieran ejercido sus padres o sus causantes por medio de sus guardadores" (art. 5 C. de c.). Esta norma es excepción al principio general y se justifica por el conocido principio de conservación de la empresa. En este caso, el menor y el incapacitado podrán ser inscritos en el Registro Mercantil como empresarios individuales, a solicitud de quien ostente la guarda o representación legal (arts. 88.2 y 91 RRM). Para el caso de que el guardador carezca de la capacidad legal para comerciar o incurra en incompatibilidad, deberá nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales, "quienes les suplirán en el ejercicio del comercio" (art. 5 *in fine* C. de c.).

2. El empresario está obligado a la llevanza de un Libro de inventarios y cuentas anuales y otro diario (art. 25.1 *in fine* C. de c.). El Libro de inventarios y cuentas anuales se inicia con el balance inicial detallado de la empresa, y se cierra con el inventario de cierre del ejercicio y las cuentas anuales (art. 28 C. de c.). Además sobre el empresario pesa la obligación de transcribir, al menos trimestralmente, con sumas y saldos, los balances de comprobación. Los asientos contables contienen declaraciones de conocimiento sobre hechos, actos o negocios jurídicos, a los cuales el legislador anuda determinadas consecuencias jurídicas. Así, estos balances de comprobación trimestrales tienen especial importancia en la detección de una grave disminución del patrimonio neto de la sociedad y en la determinación del momento en que los administradores deben tener conocimiento de la situación de pérdida grave del capital social (v. arts. 262.1.4 y 262 LSA, 104.4 y 105 LSRL, v. STS de 30 de octubre de 2000). Constituyen, por tanto, un elemento básico de apreciación de la situación y evolución patrimonial de la empresa del ejercicio en curso. Al cumplir con la función analítica y cronológica, el Libro diario debe recoger un registro día a día de las operaciones relativas a la actividad de la empresa (art. 28.2 C. de c.). A pesar de esto, la anotación diaria puede ser sustituida por una anotación no superior al mes, con la condición de que el detalle de las operaciones diarias aparezca en otros libros o registros concordantes (art. 28.2. *in fine* C. de c.).

3. El patrimonio neto es la parte residual de los activos de la empresa una vez deducidos todos sus pasivos. Incluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten.

4. El factor notorio es aquel que opera al frente del establecimiento mercantil con conocimiento del público de su actuación como apoderado general tácito. Es decir, resulta preciso que el poder no sea expreso, o que al menos, de haber sido expreso, no conste en el Registro Mercantil. El factor notorio está investido de un apoderamiento no inscrito. Los efectos de la actuación del factor notorio son evidentes: los contratos celebrados por dicho factor se entenderán hechos por cuenta del propietario (empresario) aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos, o aunque se alegue abuso de confianza, transgresión de facultades o apropiación por el factor de los efectos del contrato. Esto tendrá lugar siempre y cuando los contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento, o, si son ajenos a dicho giro o tráfico, resulta que el factor obró por cuenta del empresario o éste por hechos positivos o expresamente aprobó la gestión del factor (art. 286 C. de c.). La institución del factor notorio responde a exigencias de seguridad del tráfico mercantil y de protección de terceros de buena fe, quienes precisamente, confiados en la apariencia creada por la situación del factor al frente del establecimiento, contratan con él.

Bibliografía

Bisbal, J. (1981). "El interés público protegido mediante la disciplina de la contabilidad". *RDM* (núm. 160, págs. 257 y ss.).

Fernández Rodríguez, C. (1998). *El Registro Mercantil*. Madrid: Marcial Pons.

García Villaverde, R. (1990). "La Reforma del Registro Mercantil". *La Ley* (núm. 2, págs. 1.180 y ss.).

Gondra Rezola, J.M. (1991). "Significado y función del principio de imagen fiel (true and fair view) en el sistema del nuevo Derecho de balances". En: *Estudios en homenaje al profesor Girón Tena* (págs. 555 y ss.).

Menéndez Menéndez, A. (1959). "Auxiliares del empresario". *RDM* (págs. 72 y ss.).

Olivencia Ruiz, M. (1978). "La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de comercio". En: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría* (págs. 499 y ss.). Madrid.

Paz-Ares, C. (1988). "La reforma del Registro Mercantil". En: *Homenaje a Vallet de Goytisolo* (vol. VI, págs. 469 y ss.). Madrid.

