

Introducción al derecho privado: civil y mercantil

Blanca Torrubia Chalmeta

PID_00200164



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

Índice

Introducción	7
Objetivos	8
1. Derecho privado y derecho público. La sistematización del derecho. Ramas del derecho	9
1.1. El derecho civil como derecho común y privado general	11
1.2. La codificación del derecho civil. Los derechos civiles territoriales (forales)	12
2. La persona como protagonista del derecho	15
2.1. La persona física	16
2.1.1. Capacidad jurídica y capacidad de obrar	16
2.1.2. Estados civiles	18
2.1.3. El Registro Civil	28
2.1.4. La sucesión por causa de muerte de la persona física	29
2.2. La persona jurídica	30
2.2.1. La capacidad y la representación de la persona jurídica	30
2.2.2. Clases de personas jurídicas	30
2.2.3. La extinción de la persona jurídica	33
3. Los bienes patrimoniales. La propiedad	34
3.1. Concepto y clases de bienes patrimoniales	34
3.2. El rendimiento de los bienes patrimoniales	36
3.3. El patrimonio: concepto y características	37
3.4. Derechos sobre los bienes patrimoniales	38
3.4.1. La posesión	39
3.4.2. El derecho real de propiedad	40
3.4.3. La comunidad de bienes y la propiedad horizontal	41
3.5. Los derechos reales limitados	43
3.5.1. Los derechos reales limitados de uso y disfrute	43
3.5.2. Los derechos reales limitados de garantía	44
3.5.3. Derechos reales limitados de adquisición preferente	45
3.6. El Registro de la Propiedad	46
4. El negocio jurídico	48
4.1. Concepto	48
4.2. Clases de negocio jurídico	49
4.3. Presupuestos del negocio jurídico	50
4.3.1. Consentimiento de las partes	50

4.3.2.	Objeto cierto	51
4.3.3.	Causa	51
4.4.	La forma del negocio jurídico	52
4.5.	La representación en el negocio jurídico	53
4.6.	La apariencia en el negocio jurídico. La presunción y la ficción jurídicas	55
4.7.	Ineficacia e invalidez del negocio jurídico	55
5.	Las obligaciones	58
5.1.	Concepto y elementos de la obligación	58
5.2.	Fuentes de las obligaciones	60
5.2.1.	En general	60
5.2.2.	El contrato. La tipicidad contractual	61
5.2.3.	La responsabilidad por hecho ilícito (responsabilidad extracontractual)	62
5.3.	Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. La responsabilidad patrimonial universal	64
5.4.	Procedimientos de ejecución colectiva. El concurso de acreedores	67
5.5.	Extinción de las obligaciones	72
6.	Tipología de contratos	74
6.1.	La compraventa	74
6.1.1.	Concepto	74
6.1.2.	La obligación de entrega. El saneamiento	74
6.1.3.	El paso del riesgo	77
6.1.4.	Regímenes especiales	77
6.1.5.	Contratos afines a la compraventa	78
6.2.	Donación	79
6.3.	Guarda y custodia de bienes	80
6.4.	El arrendamiento de bienes	81
6.4.1.	Régimen general del Código civil	81
6.4.2.	Régimen especial de los arrendamientos urbanos	82
6.4.3.	Régimen especial de los arrendamientos rústicos	84
6.5.	Contratos de intermediación	85
6.5.1.	Mandato y comisión	85
6.5.2.	Contrato de corretaje y contrato de agencia	87
6.6.	El préstamo	88
6.7.	El <i>leasing</i> y el <i>factoring</i>	91
6.8.	Contratos aleatorios	92
6.9.	Contratos para la solución de litigios	94
7.	El marco jurídico de la contratación privada: el mercado	96
7.1.	La constitución económica. La economía de mercado y la integración en la Unión Europea	96
7.2.	Sujetos que intervienen en el mercado: empresarios y consumidores	99

7.2.1. Empresario persona física y empresario persona jurídica	99
7.2.2. El estatuto jurídico del empresario	112
7.2.3. El consumidor. Defensa de los intereses del consumidor	113
7.3. Medios de protección del funcionamiento correcto del mercado	115
7.3.1. La libre competencia y la lealtad competencial en el mercado	115
7.3.2. La transparencia y la información en el mercado	117
7.4. La regulación del comercio electrónico	121
Resumen	123
Ejercicios de autoevaluación	125
Solucionario	126
Abreviaturas	127
Glosario	128
Bibliografía	130

Introducción

Este módulo, titulado "Introducción al derecho privado: civil y mercantil", ofrece una visión general de las instituciones básicas del derecho patrimonial. En este sentido, se muestran los instrumentos de los que dispone la persona para regular, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, sus intereses económicos.

El derecho civil es el derecho general de la persona, el derecho que la estudia como tal, sin ninguna calificación, en el ámbito de sus relaciones con las otras personas. En este contexto, se estudian cuestiones como el espacio de tiempo durante el que el ordenamiento jurídico considera que la persona física existe (nacimiento, muerte), la manera que tiene de vivir en la sociedad (estados civiles: matrimonio, nacionalidad, vecindad civil, etc.), los derechos que le corresponden como tal persona, el espacio temporal durante el que se le atribuye capacidad para realizar actos jurídicamente relevantes (capacidad) y las soluciones que el derecho le ofrece cuando sus intereses necesitan ser protegidos (incapacitación, ausencia, etc.). También se estudian los mecanismos para publicar las diferentes situaciones que afectan a la persona física (Registro Civil).

Ahora bien, puesto que junto con la persona física, el ordenamiento jurídico reconoce la existencia de la persona jurídica –una entidad abstracta resultante de la organización de personas o bienes destinada a conseguir un fin estable y duradero– y le atribuye facultades propias de la persona física, el derecho civil también se ocupa de su constitución y funcionamiento.

El derecho mercantil se ocupa de la actuación económica de la persona en su condición de empresaria, de su intervención en el mercado de bienes y servicios. La integración de España en la Unión Europea ha significado un cambio en la concepción geográfica del mercado, lo que ha exigido una tarea constante de acomodación de la legislación nacional a las pautas marcadas por las instituciones europeas para conseguir la unidad de mercado entre todos los estados miembros. En este contexto, y dentro de del derecho mercantil, se estudia el estatuto jurídico del empresario –se distingue al empresario persona física del empresario persona jurídica– y se arbitran los medios de protección jurídica del mercado y de los que intervienen en él, incluyendo, por lo tanto, al consumidor. El derecho mercantil vela por el funcionamiento correcto del mercado, que exige un régimen de libre competencia –y leal– y de transparencia e información, tanto para los operadores económicos como para los consumidores. El Registro Mercantil se constituye como medio de publicidad legal de los actos concernientes a los empresarios.

Objetivos

Con el estudio de este módulo se pretende que seáis capaces de alcanzar los objetivos siguientes:

- 1.** Comprender el encuadre del derecho privado dentro del ordenamiento jurídico.
- 2.** Conocer el momento en el que la persona adquiere la capacidad jurídica y saber distinguirla de la capacidad de obrar.
- 3.** Conocer los diferentes estados civiles de la persona.
- 4.** Comprender el concepto y el funcionamiento de la persona jurídica.
- 5.** Comprender y diferenciar el patrimonio y los rendimientos del patrimonio.
- 6.** Conocer los principios básicos del negocio jurídico como manifestación de la autonomía de la voluntad de la persona para ordenar sus intereses patrimoniales y como fuente de obligaciones y de responsabilidad.
- 7.** Conocer los rasgos característicos de los principales tipos de contratos y poderlos distinguir.
- 8.** Conocer los principios que la Constitución española establece con respecto a la política económica y la trascendencia de la incorporación de España en la Unión Europea.
- 9.** Comprender el estatuto jurídico del empresario y las diferencias entre el empresario persona física y el empresario persona jurídica.
- 10.** Conocer la normativa básica que regula el funcionamiento correcto del mercado y comprender la importancia de proteger los intereses, tanto de los empresarios como de los consumidores.

1. Derecho privado y derecho público. La sistematización del derecho. Ramas del derecho

Sin perjuicio de la unidad sustancial del ordenamiento jurídico, el derecho se divide en dos grandes bloques según los intereses a los que atiende:

Se denomina *derecho privado* al que se ocupa preferentemente de las relaciones entre particulares, que por regla general pueden pactar libremente lo que consideren conveniente.

En cambio, se denomina *derecho público* al que se ocupa prioritariamente de las relaciones de cada uno de esos particulares con la comunidad, y se basa en la idea de coacción o imposición.

Derecho privado y derecho público

En general, se considera que cada individuo ha de poder pactar libremente en el ámbito de su actividad económica personal (p. ej., el precio de venta de su piso), mientras que, por lo que respecta a sus relaciones con la comunidad, tiene que haber normas prefijadas que aseguren la contribución individual adecuada para sostener a esa comunidad (p. ej., en materia de impuestos).

Las diferencias entre derecho público y derecho privado se han ido estableciendo de acuerdo con criterios como los siguientes:

1) El **sujeto**. En el derecho privado, los sujetos son los particulares. En el derecho público, una de las partes es la Administración, el Estado u otro organismo público, pero como éstos pueden intervenir como particulares en las relaciones jurídicas, se considera que en derecho público la Administración interviene en razón de su potestad y de la autoridad que tiene conferida para ordenar la vida de la comunidad.

2) El **objeto**. El objeto del derecho público es prestar un servicio público, mientras que el del derecho privado es satisfacer los intereses particulares de los individuos que se relacionan.

3) La **relación de los sujetos**. La relación de la Administración con el individuo es de superioridad; en cambio, la relación entre los particulares es de igualdad.

4) El **carácter de las normas**. En derecho público, por regla general, las normas son **imperativas**, por lo que no admiten pacto en contra. En derecho privado, las normas acostumbran a ser **dispositivas**, es decir, sólo rigen cuando las partes no han pactado nada al respecto.

La división entre derecho público y derecho privado se remonta a la antigua Roma, pero hoy es anticuada. Continúa habiendo un derecho privado, regulador de las relaciones entre particulares, y un derecho público, pero ambos se basan en las necesidades del ser humano. Podemos encontrar muchas técnicas y relaciones típicas del derecho privado en el ámbito de las relaciones con la Administración y al revés. En derecho privado, cada vez se atiende más al interés general, de manera que proliferan las normas prefijadas por los poderes públicos para regir esas relaciones. Esta proliferación merece un juicio positivo ya que **el derecho privado no sólo tiene que atender al interés particular, sino también al interés social.**

El interés social

La Constitución declara que la propiedad tiene que cumplir una función social (art. 33 de la CE). El texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios declara nulas las cláusulas abusivas de los contratos (art. 83.1 TRLGDCU).

Ahora bien, cuando la intervención de los poderes públicos va más allá de lo que es necesario y se convierte en una regulación detallada de toda la actividad de los particulares, se corre el peligro de que la pretendida defensa del interés general en las relaciones individuales encubra una ideología totalitaria y paternalista en la que la libertad del individuo importa poco ante el afán controlador y regulador del Estado.

Para que la mente humana lo pueda aprehender, el derecho se divide en partes o ramas. La autonomía de estas ramas no es absoluta, sino que sólo se comprende cuándo se enmarca en el ordenamiento general, de la misma manera que un artículo de una ley sólo se comprende en el marco del conjunto del articulado de esa ley. Un ejemplo de esta división del derecho es, precisamente, la distinción entre derecho público y derecho privado.

En el **derecho privado**, se distinguen **tres ramas** fundamentales:

- El **derecho civil**, que estudia a la persona como tal, sin ninguna calificación, en el ámbito de sus relaciones con las otras personas.
- El **derecho mercantil**, que se ocupa de la actuación económica de la persona, en su condición de empresaria, en el mercado de bienes y servicios. Hoy en día, no obstante, esta concepción histórica del derecho mercantil como derecho especial (en el sentido de regular las mismas materias que el derecho civil, si bien introduciendo normas especiales por el hecho de intervenir la persona del empresario) ha sido superada. El derecho mercantil es ahora el **derecho privado del tráfico económico**. Un derecho cuya especialidad radica en velar por los intereses de todos los participantes en el mercado (operadores económicos y consumidores) estableciendo el régimen jurídico de su intervención en él. Y en ese régimen jurídico se integran las normas de los contratos, tanto civiles como mercantiles, en tanto que estos posibilitan el intercambio de bienes y servicios.
- El **derecho laboral** o derecho del trabajo, que regula las relaciones entre personas en sus respectivas condiciones de trabajadoras y empresarias y, por extensión, todo el mecanismo de la seguridad social.

En el derecho público, se suelen distinguir las categorías siguientes:

- El **derecho administrativo**, que establece las normas de la relación entre la Administración pública y los particulares administrados.
- El **derecho constitucional**, que estudia el régimen constitucional y político del Estado.
- El **derecho penal**, que busca prevenir y, si procede, sancionar las conductas contrarias al bienestar general de la comunidad.
- El **derecho procesal**, que estudia el desarrollo de los procedimientos judiciales.
- El **derecho financiero y tributario**, que trata de todo aquello que hace referencia a la actividad financiera del Estado.
- El **derecho eclesiástico** del Estado, que se ocupa de las relaciones del Estado con las iglesias.
- El **derecho internacional** público, que se ocupa de fijar las reglas de las relaciones entre los diversos estados nacionales.

1.1. El derecho civil como derecho común y privado general

El derecho tuvo su origen en el derecho civil. La denominación *derecho civil* proviene del *ius civile* del derecho romano. El *ius civile* era el derecho hecho por y para los ciudadanos de Roma y se caracterizaba por estar centrado en la persona. Frente al *ius civile*, existía el *ius gentium*, que regulaba las relaciones entre romanos y extranjeros. Este derecho no se diferenciaba sustancialmente del *ius civile*, si bien era más sencillo y menos formalista. Por su parte, el *ius honorarium* o *ius praetorium* era un derecho de carácter jurisdiccional basado en los edictos de los magistrados, quienes, al dictar reglamentos y comunicaciones en virtud del *ius edicendi*, adaptaban el derecho a las necesidades sociales del momento. En la época del Imperio Romano de Oriente, Justiniano I (emperador desde 527 hasta 567), codificará todo este derecho en la obra *Corpus Iuris Civilis*.

En el siglo XII se produce un renacimiento de los estudios jurídicos en las universidades italianas, especialmente en la de Bolonia, que traerá consigo la denominada *recepción del derecho romano*. El *ius civile* se integra entonces en el llamado *ius commune* junto con el derecho feudal y el derecho de la Iglesia católica o *ius canonicum*. A partir de entonces, el *ius civile* pasará a designar el derecho romano recibido por los diferentes ordenamientos territoriales europeos –*ius municipale*.

El derecho civil es *derecho común* porque en él se encuentran los principios informadores y los conceptos generales de todo el ordenamiento jurídico y porque es la rama que se ocupa específicamente de estudiar a la persona considerada en sí misma. Frente al **derecho común**, todas las otras ramas del derecho son **derechos especiales**, puesto que regulan las relaciones humanas desde un punto de vista especial (trabajador/empleador, contribuyente / Administración tributaria, etc.), si bien sus principios no se oponen a los del **derecho común**.

Dentro del derecho civil, hay que distinguir el derecho civil general, de todo el Estado español, del **derecho foral** (derecho civil territorial), que es el que por razones históricas hay en determinadas comarcas o regiones. Se suele referir a temas de familia, sucesiones y régimen de la propiedad y, con menos frecuencia, a las obligaciones y los contratos, y recoge reglas especiales.

Distinto del **derecho foral** es el **derecho autonómico**, que es el que crea cada comunidad autónoma en el ámbito de las competencias que puede asumir, de acuerdo con el art. 148 de la Constitución española (CE), por medio del estatuto correspondiente. El **derecho foral** es derecho civil y únicamente existe en determinadas regiones; el **derecho autonómico** es básicamente derecho administrativo y existe en todas las comunidades autónomas.

El derecho civil es también derecho privado de carácter general, en el sentido de que se aplica de manera general para todas las personas posibles y en cualquier relación que intervengan o actividad que realicen. El derecho civil no excluye *a priori* a ningún sujeto de su ámbito de aplicación. Para que esa exclusión se produzca ha de haber otro derecho privado especial que resulte aplicable. Así puede ocurrir con el derecho mercantil o con el derecho laboral.

1.2. La codificación del derecho civil. Los derechos civiles territoriales (forales)

El origen de la diversidad de ordenamientos jurídicos existentes en España se remonta a la Edad Media, período en el que coexistieron en el territorio peninsular diversos reinos, cada uno de los cuales tenía su derecho propio. Después de haberse producido la unificación política nacional, continuó persistiendo la diversidad jurídica, y hasta el siglo XVIII los antiguos reinos mantuvieron no sólo sus antiguas instituciones jurídicas, sino también autonomía legislativa.

Como consecuencia tanto de la guerra de Sucesión, en la que Valencia, las Baleares y Cataluña habían dado apoyo al archiduque Carlos de Austria, como del importante movimiento centralista de inspiración francesa, Felipe V quiso imponer una estructura nacional unitaria, cuyo primer instrumento fue la unificación jurídica nacional.

Con los Decretos de Nueva Planta se abolió el derecho especial de Valencia, que ya no se volverá a restablecer, y se suprimieron los órganos legislativos existentes en Aragón, Cataluña y Mallorca. Estos órganos, aunque continuaban vigentes para la resolución de pleitos civiles, como no se podían renovar, perdieron la posibilidad de ir adaptándose a las nuevas necesidades y, en consecuencia, se anquilosaron.

Navarra

Fue la única que quedó con la posibilidad de legislar, hasta que la perdió por la Ley de 16 de agosto de 1841, consecuencia del Convenio de Vergara de 1839, por el que acabó la primera guerra carlista. En esta ley se reconocía el derecho civil propio de Navarra, pero se la privaba de la potestad legislativa.

La Ley de Bases de 1888 aceptó la forma de código para el derecho civil común y la de apéndices para las legislaciones forales, en los que se contendrían las instituciones forales que conviniera conservar. Sólo se redactó un apéndice: el derecho foral de Aragón.

Con la publicación del Código civil de 1888-1889, se culmina el proceso codificador del derecho castellano y se consagra de una manera definitiva la existencia de ordenamientos jurídicos diferentes, cada uno de los cuales dispondrá de su marco territorial propio. Se había previsto llevar a cabo el mismo proceso de actualización y codificación con los restantes derechos civiles existentes: el de Cataluña, el de Aragón y el de Mallorca.

Ya bien entrado el siglo XX, el derecho civil catalán continuaba sin estar recogido en un texto, al estilo de un código, de carácter sistemático y moderno. No se le había dado la oportunidad de codificarse. En este sentido, a pesar de que muy mediatizada por las circunstancias políticas, aparece la llamada Compilación del derecho civil de Cataluña, de 21 de julio de 1960, que pretende recoger, ordenar y sistematizar las instituciones del derecho civil catalán. Hemos de tener en cuenta que las mismas circunstancias políticas habían privado a Cataluña del órgano legislativo propio y habían derogado y negado validez a las normas jurídicas emanadas del Parlamento de Cataluña de 1932. Por lo tanto, la Compilación sólo podía recoger normas consideradas clásicas del derecho catalán, algunas de las cuales ciertamente se utilizaban muy poco y que, además, no tenían la posibilidad de ser modernizadas por la falta de capacidad legislativa.

La Constitución de 1978 reconoce definitivamente los derechos históricos y, al mismo tiempo, los órganos legislativos o de producción de normas. Así, por ejemplo el parlamento catalán puede legislar en función de un sistema de competencias. La Constitución, en sus artículos 149.1.8 y 149.3, reconoce a las comunidades autónomas que al constituirse tenían derecho civil propio, la competencia constitucional para la conservación, la modificación y el desarrollo de su derecho propio.

El código Civil de Cataluña

El art. 9.2 del antiguo Estatuto de autonomía de Cataluña, por ejemplo, asumió la correspondiente competencia. Esto permitió al Parlamento de Cataluña realizar una tarea legislativa intensa, en un proceso de modernización del derecho civil catalán, que se inició con la Ley 13/1984, de 20 de marzo, sobre la **Compilación del Derecho Civil de Cataluña**, que adopta la Compilación del 1960 y la adapta a los nuevos principios constitucionales; y que continuó con una serie de leyes sectoriales, como la Ley de Filiaciones, la Ley de la Sucesión Intestada, la Ley de Tutela o la Ley de Relaciones Patrimoniales entre Cónyuges, que posteriormente fueron derogadas y sustituidas por el Código de sucesiones de 1991 y el Código de familia de 1998; y también con diversas leyes patrimoniales, como la Ley de Regulación de los Derechos de Usufructo, de Uso y de Habitación, la Ley de Pensiones Periódicas y la Ley de Regulación de los Derechos de Superficie, de Servidumbre y de Adquisición Voluntaria o Preferente.

En 2002 se reunió el conjunto de leyes civiles catalanas en un único cuerpo legal, el **Código civil de Cataluña**, aprobado por la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, que se compone de seis libros: el primero se ocupa de las disposiciones generales; el segundo, de la persona y la familia (Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia); el tercero, de la persona jurídica (Ley 4/2008, de 24 de abril, del libro tercero del Código civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas); el cuarto, de las sucesiones (Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones); el quinto, de los derechos reales (Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales), y el sexto, de las obligaciones y los contratos (todavía por desarrollar). La Ley 5/2006 ha significado un paso más en la construcción del nuevo sistema jurídico privado catalán, al aportar una regulación nueva, propia de Cataluña, de instituciones fundamentales en el derecho de cosas, como son la posesión, la propiedad y las situaciones de comunidad, especialmente la llamada *propiedad horizontal*, e introducir la regulación de los derechos de vuelo y de hipoteca. Después, la Ley 10/2008 ha actualizado un número significativo de instituciones y deroga el Código de sucesiones de 1991, si bien conservando su impronta. Finalmente, la Ley 25/2010 se estructura sobre la base del anterior Código de familia, reordena los contenidos, rectifica los errores e introduce importantes novedades para adecuar el ordenamiento jurídico a la realidad social.

El **Estatuto de autonomía de Cataluña**, que fue aprobado por el Parlamento de Cataluña el 30 de septiembre del 2005 y entró en vigor el 9 de agosto del 2006, establece que "corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, excepto en las materias que el artículo 149.1.8 de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña" (art. 129).

Las fuentes del derecho civil catalán son:

- 1) El Código civil de Cataluña y las otras leyes civiles del Parlamento.
- 2) La costumbre (que solo rige en defecto de ley aplicable).
- 3) Los principios del derecho propio (art. 111.1 Código civil de Cataluña) (CCCat).

El derecho civil de Cataluña tiene eficacia territorial (se aplica en todo el territorio de Cataluña) sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse por razón de la materia y de las situaciones que se hayan de regir por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad. Las personas extranjeras que adquieran la nacionalidad española quedan sometidas al derecho civil catalán mientras mantengan la vecindad administrativa en Cataluña, a menos que manifiesten su voluntad en contra (art. 111.3 CCCat). Las normas de derecho civil catalán se aplican con preferencia a cualesquiera otras (art. 11.5 CCCat).

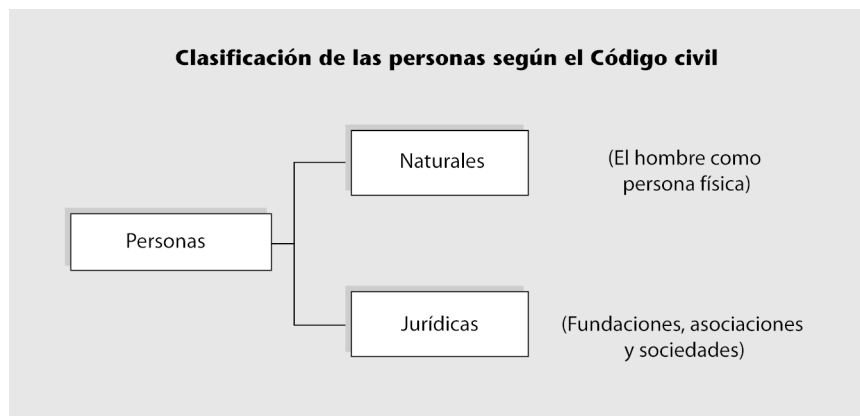
El Estatuto

Uno de los principales objetivos del Gobierno de Cataluña ha sido incrementar el autogobierno a partir de la reforma del Estatuto. Este incorpora muchas nuevas competencias para el Gobierno de Cataluña, de entre las cuales destacan la definición de los derechos, deberes y principios rectores que han de inspirar las actuaciones públicas, el reconocimiento de la autonomía de los entes locales y el dibujo de una nueva organización territorial catalana basada en el municipio, la veguería y la comarca.

2. La persona como protagonista del derecho

Todo el derecho gira en torno a la persona, del individuo. El art. 10 de la CE declara que "la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los otros son fundamento del orden político y de la paz social". La consideración del ser humano como titular de unos derechos inviolables es lo que justifica su protagonismo ante el derecho.

Cuando hablamos de *persona*, normalmente pensamos en una persona física, en un sujeto o individuo. Pero en derecho hay también entes abstractos – sin consistencia física– que están integrados por individuos y en los que se reconocen cualidades y capacidades propias de las personas físicas. Estos entes abstractos que el derecho trata "como si" fueran personas físicas se denominan *personas jurídicas*.



Características de las personas jurídicas

Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas las clases, y también pueden contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, de acuerdo con las leyes y las reglas de su constitución.

La Iglesia se registrará en este punto por lo que han concordado entre ambas potestades; y los establecimientos de instrucción y beneficencia, por lo que dispongan las leyes especiales (art. 38 del Cc).

La razón de la existencia de la persona jurídica la encontramos en la capacidad de acción limitada del hombre considerado de manera aislada.

La persona jurídica se puede definir como una entidad que resulta de la organización de personas o bienes destinada a conseguir un fin estable y duradero y en la que el derecho reconoce facultades y cualidades propias de la persona física (p. ej., denominación, domicilio, nacionalidad, patrimonio, derechos y responsabilidades) para asegurar que cumpla este fin.

La persona jurídica

Muchos de los objetivos humanos no pueden ser conseguidos por una única persona, porque rebasan sus medios o duran más que su vida, o se consiguen de una manera más económica o mejor si diversas personas actúan en grupo.

El patrimonio y la actuación de la persona jurídica quedan separados, desde el momento en que nace, del patrimonio y la actuación de las personas físicas que la han constituido. Esta consecuencia, que es lógica y necesaria cuando se persiguen los fines para los que legalmente fue constituida, puede ser aprovechada en determinados supuestos para burlar las normas que se establecen en derecho con el fin de cumplir con las exigencias de justicia. Y por esto el derecho también dispone de mecanismos que remedian esta elusión de las normas.

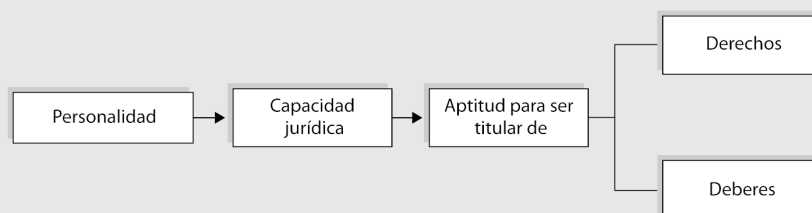
El Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de junio de 2004, a propósito de la doctrina del levantamiento del velo señala que "la idea básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc."

2.1. La persona física

2.1.1. Capacidad jurídica y capacidad de obrar

La persona física (el individuo) tiene una capacidad natural que coloquialmente denominamos *madurez*. La graduación de esta capacidad es diferente en cada persona; no obstante, generalmente la madurez psíquica y volitiva es alcanzada por los sujetos a la misma edad. El derecho atribuye consecuencias a esta "madurez" permitiéndoles, a partir de entonces, una actuación más relevante en la esfera jurídica.

La personalidad civil y la capacidad jurídica



En este contexto, podemos distinguir entre la **capacidad jurídica** y la **capacidad de obrar**.

La **capacidad jurídica** es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. La tienen todas las personas por el simple hecho de serlo. La **capacidad de obrar** es la aptitud para poder ejercitar esos derechos y obligaciones. La capacidad de obrar faculta al individuo para obrar por sí mismo, y las limitaciones de esta capacidad dependerán de la situación en la que se encuentre el individuo en la sociedad.

Las diferentes formas en las que se puede encontrar una persona en la sociedad y de las que depende una determinada capacidad de obrar se denominan *estados civiles*. El estado civil varía a lo largo de la vida de un individuo de la misma manera que varían sus capacidades intelectual y volitiva. El estado civil es una materia **de orden público** por su relevancia en la sociedad y, por esto, no se puede conseguir libremente por la voluntad de la persona (art. 1814 del Cc).

El Código civil toma los conceptos de **nacimiento y muerte**, que son puramente biológicos, para crear conceptos jurídicos que permitan determinar el comienzo y el fin de la personalidad. Así, y a efectos jurídicos, la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno (art. 30 del Cc). Pero incluso antes del nacimiento, se otorga tutela jurídica al concebido y no nacido (*nasciturus*).

El *nasciturus*

El art. 29 del Cc señala que el nacimiento determina la personalidad, y que el *nasciturus* (concebido y no nacido) se considerará nacido para todos los efectos que le sean favorables siempre que nazca con las condiciones a las que se refiere el art. 30 del Cc.

Protección al concebido y no nacido

Son ejemplos concretos de protección al concebido y no nacido el art. 627 del Cc, que permite aceptar las donaciones hechas a los *nasciturus* a quienes serían sus representantes si hubieran nacido, y los art. 959 y sigs. del Cc, que prevén las precauciones que tendrá que adoptar la viuda para favorecer a los posibles hijos póstumos.

La extinción de la persona se determina por su muerte, pero el derecho también asimila a la muerte probada determinadas situaciones de incertidumbre sobre la vida de una persona, basadas en hechos objetivos que inducen a suponer que ha muerto (art. 193 y sigs. del Cc). En estas situaciones, se declara que el individuo ha muerto para poner fin a una situación de incertidumbre que quizás nunca se podría resolver. La **declaración de fallecimiento** se basa en circunstancias objetivas, como que haya transcurrido un largo período de tiempo sin que se tengan noticias del ausente –período que se reduce si el ausente ha sufrido un peligro de muerte inminente– y que las circunstancias

Capacidad de obrar

En el ámbito del derecho, las posibilidades de actuación de un menor que todavía no tiene suficiente discernimiento son inferiores (más limitadas) que las de la persona que ha llegado a los dieciocho años.

Ley 20/2011

La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil dio nueva redacción al art. 30 Cc, que antes de la reforma exigía, para reputarlo como nacido (existente como tal), que el feto tuviera figura humana y viviera 24 horas enteras completamente desprendido del seno materno.

La declaración de fallecimiento

Si la persona que es declarada muerta apareciera posteriormente o se probara que existe, recuperaría los bienes en el estado en el que estaban y tendría derecho al precio de aquellos que se hubieran vendido o a adquirirlos al mismo precio.

en que las haya desaparecido creen sospecha. Una vez declarado muerto un individuo, sus bienes se reparten entre los herederos aplicando las normas de la sucesión *mortis causa*.

2.1.2. Estados civiles

El estado civil es la posición jurídica que tiene una persona que pertenece a una determinada comunidad en un momento dado.

El estado civil se determina en función de las tres categorías siguientes:

- 1) Condición personal
- 2) Relaciones de familia
- 3) Pertenencia a un territorio

1) Estado civil dependiente de la condición personal

Los estados civiles dependientes de la condición personal son dos: la mayoría de edad y la incapacitación.

a) La mayoría de edad

La persona, desde que nace, va evolucionando; con el transcurso del tiempo, va adquiriendo suficiente capacidad de discernimiento (madurez) para poder obrar por sí misma y poder asumir plenamente las consecuencias jurídicas de sus actos. Se denomina *mayoría de edad* al momento en la vida del individuo a partir del cual el derecho considera que es jurídicamente responsable y que se puede autogobernar. El mayor de edad es capaz y responsable. Con esto, el derecho atribuye efectos jurídicos a un hecho biológico.

En nuestro derecho positivo, la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años (art. 12 de la CE y art. 315.1 del Cc). Con la mayoría de edad, se adquiere la capacidad de obrar y, por lo tanto, la persona mayor de dieciocho años puede actuar válidamente por sí misma.

El menor de edad tiene **capacidad jurídica**, pero no tiene **capacidad de obrar**. Por esto, toda actuación jurídica relativa a su persona o a sus bienes la han de hacer los padres o, si procede, sus representantes legales. Si el menor hiciera un negocio por sí mismo, éste sería anulable. Esto significa que, en principio, el negocio sería válido, pero que los padres o los representantes legales (o el menor cuando alcanzara la mayoría de edad) lo podrían impugnar si lo consideraran contrario a los intereses del menor.

Una figura jurídica a medio camino entre la mayoría y la minoría de edad es la **emancipación**. La emancipación habilita al menor para regir su persona y sus bienes como si fuera mayor de edad con algunas excepciones (art. 323 del Cc). Se consigue la situación de emancipación en determinadas circunstancias (matrimonio de una persona de más de catorce años, concesión de los padres o del juez en el caso de mayores de dieciséis años) que hacen oportuno ampliar la capacidad de actuación jurídica del menor.

Una institución parecida a la de la emancipación es la del **beneficio de la mayoría de edad**, que el juez puede otorgar al sujeto tutelado mayor de dieciséis años que así lo solicite después de un informe previo del ministerio fiscal, por la que éste se regirá por las mismas normas que el emancipado.

La protección de los menores se articula de manera que sus intereses queden salvaguardados. Esta protección corresponde en general a los padres: se trata de la institución de la **patria potestad**. La patria potestad es un conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de los hijos menores no emancipados (y en casos excepcionales, sobre los hijos mayores de edad) que se han de ejercer en beneficio de éstos. En general, la ejercen los dos progenitores (siempre que la filiación respecto de ambos esté determinada legalmente) y produce efectos importantes tanto en la esfera personal (deber de obediencia de los hijos, deber de educación y protección de los padres, etc.) como en la esfera patrimonial.

Los padres representan al menor, ya que éste no tiene capacidad de obrar; pero esta actuación es limitada si quieren realizar actos de disposición sobre los bienes del menor, puesto que se tendrán que presentar causas justificadas de necesidad o utilidad y se necesita autorización judicial. Si quieren realizar actos de administración, la actuación de los progenitores sí que es libre.

Además de la patria potestad, hay otras instituciones de protección del menor:

- El **defensor judicial del menor**, nombrado por el juez cuando hay conflicto de intereses entre el menor y sus representantes legales (padres o tutor).
- La **guarda administrativa**, acordada por el juez en favor del órgano administrativo encargado de proteger al menor en el respectivo territorio si los titulares de la patria potestad no lo pueden atender.
- La **acogida**, que está dirigida a la guarda de menores abandonados o cuyos progenitores no ejercen adecuadamente la patria potestad (produce la plena participación del menor en la vida de la familia que lo recibe, pero tiene carácter provisional, ya que hay que procurar reinsertar al menor en su propia familia).

Convención de Derechos del Niño

La Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un reconocimiento más destacado del papel que éste ejerce en la sociedad y en la exigencia de que tenga un mayor protagonismo.

Emancipación

Hasta que no llegue a la mayoría de edad, el emancipado no podrá adquirir dinero en préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles ni establecimientos mercantiles o industriales u objetos de valor extraordinario sin el consentimiento de los padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.

La guarda de hecho

Es la persona física o jurídica que ha acogido transitoriamente a un menor desamparado (o a un incapaz).

Éste es el objetivo de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

b) La incapacitación judicial

Puede ocurrir que determinadas personas, una vez alcanzada la mayoría de edad, no sean naturalmente capaces porque no tengan suficiente discernimiento.

El Código civil prevé esta eventualidad y, en su artículo 200, establece como causas de incapacitación, las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma.

La incapacitación judicial (declarada por un juez) pretende ayudar a una persona que no se puede autogobernar sujetándola a la potestad de otra. La incapacitación judicial es un acto jurídico que modifica el estado civil de una persona y la somete a una protección especial.

La incapacidad no significa que el incapaz no pueda actuar por sí mismo en ningún ámbito; por esto la sentencia que declare la incapacidad tiene que fijar el ámbito de actuación en el que el incapaz no necesita que el tutor intervenga; para todo lo demás, la intervención del tutor será preceptiva. La sentencia que declare la incapacitación tiene que establecer el régimen (de tutela o curatela) al que tiene que quedar sujeto el incapaz.

Capacidad/incapacidad

La capacidad de la persona se presume siempre y, por eso, la incapacidad exige una sentencia judicial fundamentada en las causas establecidas por la ley.

c) Instituciones de protección: tutela y curatela

Para proteger a los menores y a los incapaces (incluso a los mayores de edad) y evitar que hagan actos perjudiciales para ellos mismos o para sus familias, el derecho crea las instituciones de la **tutela** y la **curatela**.

La **tutela** tiene como finalidad suplir la falta de capacidad de obrar de quien no la tiene. No está sujeta a la patria potestad y por eso tiene carácter permanente y su ejercicio es constante. El tutor es el representante legal del pupilo –incapaz– a todos los efectos.

La tutela y la curatela

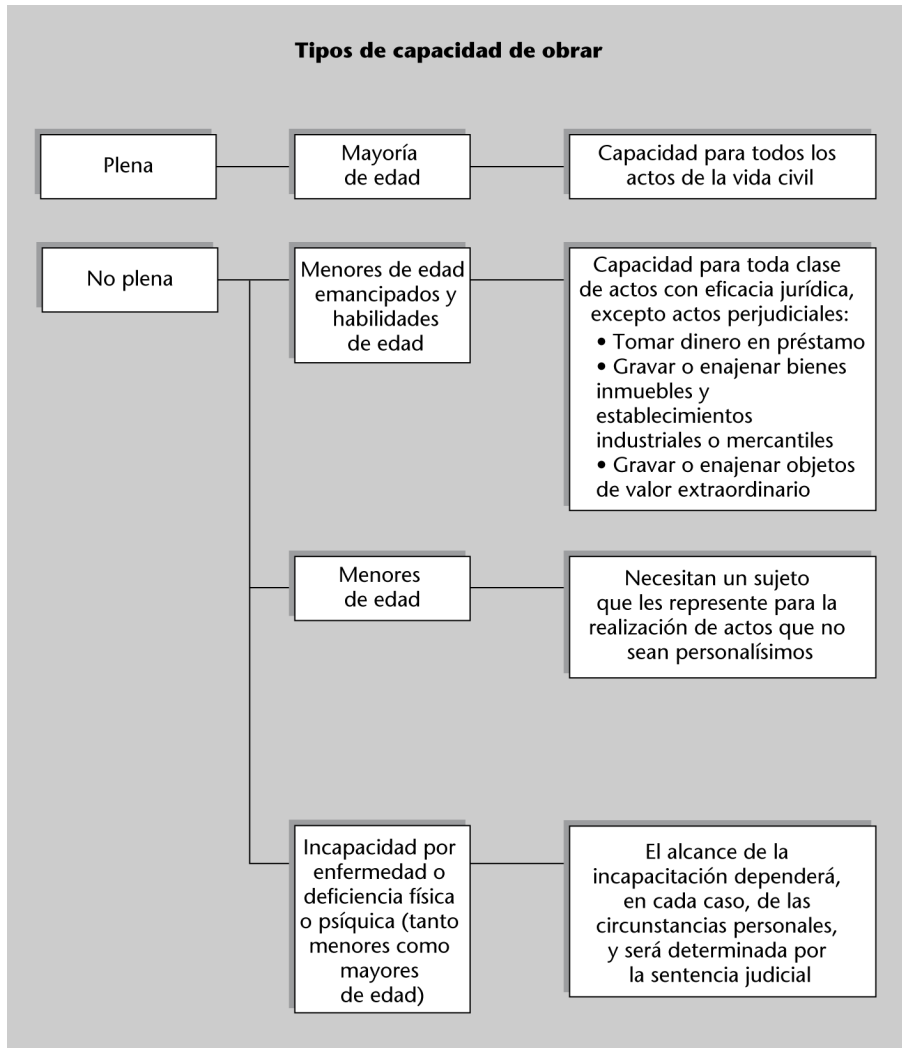
La tutela da lugar al nacimiento de relaciones personales entre el tutor y el pupilo (p. ej., el pupilo tiene que respetar y obedecer al tutor, éste lo tiene que educar, etc.). La curatela, al contrario, nunca origina relaciones personales.

La **curatela** no busca suplir la falta de capacidad de quien no la tiene, sino complementarla en aquellos actos que determine la ley. Es de carácter permanente, pero su ejercicio es intermitente: sólo para los actos en los que se exige que intervenga el curador. El curador no es el representante legal del pupilo,

que tiene capacidad de obrar por sí mismo, sino que, por el hecho de tener esa capacidad limitada, se requiere el consentimiento del curador para que determinados actos sean válidos.

La curatela

Una persona puede gastar su patrimonio como quiera, en principio. Ahora bien, si depende de ella que el cónyuge, los descendientes o los ascendientes reciban **alimentos**, éstos pueden solicitar al juez que el pródigo se sujete a curatela. La sentencia que acceda a esta pretensión tendrá que determinar qué actos puede hacer el pródigo libremente y cuáles con asistencia del curador.



2) Estado civil derivado de las relaciones de familia

Los estados civiles derivados de las relaciones de familia son el matrimonio, la filiación y el parentesco.

a) El matrimonio

El artículo 44 del Cc reconoce al hombre y a la mujer el derecho a contraer matrimonio de acuerdo con las disposiciones de este código. Y en el segundo párrafo, señala que "el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".

La palabra *matrimonio* hace referencia a dos realidades que, aunque son diferentes, dependen la una de la otra. Por un lado, designa el **negocio jurídico** por medio del cual los cónyuges manifiestan su voluntad de casarse, y por otro, se refiere al **estado conyugal**, a la unión legal dirigida a establecer una plena comunidad de vida. Y el estado conyugal se crea, precisamente, en virtud del negocio jurídico consentido por los contrayentes.

El derecho a contraer matrimonio

El segundo párrafo del art. 44 del Cc ha sido añadido por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la cual se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

En nuestro derecho, se reconoce efectos civiles al matrimonio celebrado con la forma prevista por cualquier confesión religiosa inscrita. Para que el matrimonio civil sea válido, se exigen unos requisitos previos –expediente acreditativo de la capacidad de los contrayentes para contraer matrimonio–, simultáneos –consentimiento matrimonial, capacidad y exteriorización del consentimiento ante el funcionario competente y dos testigos– y posteriores –inscripción del matrimonio en el **Registro Civil**.

Matrimonio civil

El matrimonio civil está regulado por el art. 42 y sigs. del Cc.

En la actualidad, se discute de qué manera determinadas reglas que se aplican sólo a las personas casadas se podrían extender a las **uniones de hecho** o **parejas de hecho**, es decir, a parejas que hacen vida marital sin estar casadas. En el ámbito estatal, no hay ninguna regulación general, pero sí en el ámbito de algunas comunidades autónomas, que extienden a las parejas de hecho determinadas normas que son aplicables a las personas casadas (p. ej., en materia de pensiones compensatorias, sucesión hereditaria, etc.).

Parejas de hecho

Son trece las comunidades autónomas que regulan las parejas de hecho:

Cataluña (capítulo IV “Convivencia estable en pareja” del título III, del libro segundo del Código civil de Cataluña, aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio), Aragón (título VI “De las parejas estables no casadas” del libro segundo del Código del Derecho Foral de Aragón aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo) Navarra (Ley Foral 6/2000, de 3 julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables) Valencia (Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana), Madrid (Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid), Baleares (Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables), Asturias (Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables), Andalucía (Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho), el País Vasco (Ley 2/2003, de 7 de mayo, Reguladora de Parejas de Hecho), Canarias (Ley 5/2003, de 6 de marzo para la Regulación de las Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias), Extremadura (Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura) y Cantabria (Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria) y Galicia, donde la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006 de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia equipara al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia. Castilla-La Mancha y Castilla y León, por su parte, se limitan a regular el Registro de Parejas de Hecho –que también regulan el resto de comunidades.

Del matrimonio derivan una serie de intereses pecuniarios, tanto en las relaciones de los cónyuges entre ellos como en sus relaciones con terceras personas. El conjunto de reglas que delimitan estos intereses se denomina *régimen económico matrimonial*. El Código civil establece que entre los cónyuges rige el régimen económico matrimonial que pacten libremente y que éste podrá ser modificado por ambas partes en cualquier momento. El régimen económico matrimonial se fija o se modifica mediante un contrato formal –ha de constar en escritura pública– que se denomina *capitulaciones matrimoniales*. Pero como es muy común que los cónyuges no establezcan capitulaciones matrimoniales, se prevé la regulación supletoria del régimen económico matrimonial, caso en el que rige el **régimen de sociedad de gananciales** a menos que los cónyuges hayan pedido que no se aplique. En este caso, se regirán por el **régimen de separación de bienes**.

Cataluña y Baleares

En Cataluña y Baleares, el régimen legal supletorio no es el de sociedad de gananciales, sino el de separación de bienes.

En el régimen de sociedad de gananciales, hay dos tipos de bienes:

- Los **comunes**, que son los adquiridos durante el matrimonio a título oneroso –incluidas las rentas del trabajo.
- Los **privativos** de cada cónyuge, que son los adquiridos por cada uno de ellos antes del matrimonio y los adquiridos por cada uno de ellos durante el matrimonio a título gratuito (por herencia, legado o donación).

Los bienes comunes tienen como finalidad contribuir a sostener las cargas familiares y se reparten a medias entre los cónyuges cuando se extingue el matrimonio.

En el régimen de separación de bienes, no hay bienes comunes, sino que cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes adquiridos por él y tiene que contribuir a sostener las cargas familiares de manera proporcional. Si se extingue el matrimonio, no hay reparto de bienes.

Desde un punto de vista patrimonial, también las crisis matrimoniales –**nulidad, separación y divorcio**– tienen efectos en este orden.

- La **nulidad** del matrimonio (art. 73 y sigs. del Cc) es su invalidación por la concurrencia de un vicio o defecto esencial a la hora de constituirse.
- La **separación** (art. 81 y sigs. del Cc) es la suspensión de la vida común de los casados, sin ruptura del vínculo patrimonial y con cese de la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge al ejercicio de la potestad doméstica.
- El **divorcio** (art. 86 y sigs. del Cc) es la ruptura del vínculo matrimonial.

Divorcio

Tras la entrada en vigor de la **Ley 15/2005**, de 8 de julio, por la cual se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, tanto la separación como el divorcio se pueden decretar judicialmente a petición de ambos

cónyuges o de uno solo, con el consentimiento del otro o sin él, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. El transcurso de este plazo no es necesario cuando se acredite que hay un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

Cuando hay nulidad, separación o divorcio, hay que determinar una serie de cuestiones importantes relativas a aspectos tanto personales (custodia de los hijos, régimen de visitas si procede, etc.) como patrimoniales (atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, contribución de cada cónyuge al sostenimiento de los hijos, pensión compensatoria al otro cónyuge por el desequilibrio económico, etc.). Cuando los cónyuges acuerdan por pacto la solución de estas cuestiones, lo hacen mediante el **convenio regulador**. Es un acuerdo libre, pero exige que se apruebe judicialmente, de manera que queden bien atendidos los intereses de los menores y/o de alguno de los cónyuges. Si los cónyuges no llegan a un acuerdo, el juez resuelve estas cuestiones.

Comunicación con los abuelos

La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, ha modificado el Código civil para permitir que el convenio regulador establezca un derecho de comunicación y visitas de los hijos de la pareja con los abuelos y para que no se pueda impedir sin causa justa la relación de los hijos con los abuelos y los parientes próximos.

Pensión compensatoria

Esta pensión tiene por objeto compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce a un cónyuge en relación con la posición del otro, que se traduce en un empeoramiento de su situación anterior en el matrimonio. La compensación puede consistir en una pensión temporal o indefinida, o en una cantidad única, que se determina en el convenio regulador o, a falta de acuerdo de los cónyuges, en la sentencia. En este último caso, el juez establece su importe teniendo en cuenta los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges; la edad y el estado de salud; la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo; la dedicación pasada y futura a la familia; la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal; la pérdida eventual de un derecho de pensión; el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge y cualquier otra circunstancia relevante. En la sentencia se fijan las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad (art. 97 CC).

Guarda y custodia de los hijos

Tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, en materia de separación y divorcio, el juez puede acordar que la guarda y custodia de los hijos se ejerza de manera compartida cuando los padres así lo soliciten. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de ellos esté sometido a un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco será procedente la guarda conjunta cuando el juez advierta que hay indicios fundados de violencia doméstica. Con carácter excepcional, el juez, a instancias de una de las partes y con el informe del ministerio fiscal, podrá conceder la guarda y custodia compartida argumentando que sólo así se protege adecuadamente el interés superior del menor (art. 92 del Cc).

b) La filiación

La **filiación** es la relación jurídica que hay entre padres e hijos. Igual que en el nacimiento o en la muerte, el concepto biológico y el jurídico no siempre coinciden (p. ej., el hijo por adopción es hijo a todos los efectos jurídicos, aunque biológicamente no lo sea).

El Código civil establece una distinción entre filiación **por naturaleza** y filiación **por adopción** (art. 108 y sigs. del Cc).

- La **filiación por naturaleza** se basa en el hecho biológico de la procreación y puede ser **matrimonial** o **no matrimonial**. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre ellos.
- La **filiación por adopción** se produce en virtud de un acto jurídico con independencia total de los vínculos de sangre.

En todo caso, como hemos dicho, las dos otorgan efectos jurídicos idénticos, puesto que se parte del principio constitucional de no discriminación en razón de nacimiento (art. 14 de la CE).

c) El parentesco

La relación de parentesco en sentido estricto hace referencia a las personas unidas por vínculos de sangre. Los parientes pueden ser **ascendientes** (padres, abuelos...), **descendientes** (hijos, nietos...) y **colaterales** (hermanos, tíos, sobrinos...).

Familia política

La familia política en derecho no es tal familia y para designar a los parientes políticos se utiliza el nombre de *afines*.

Una consecuencia patrimonial importante derivada de la relación de parentesco es la obligación recíproca de sostenerse que impone el Código civil a determinados parientes (cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos) cuando estén en estado de necesidad (art. 142 y sigs. del Cc). Esta obligación se denomina *deuda alimentaria* o *alimentos*.

3) Estado civil derivado de la pertenencia a un territorio

Los estados civiles derivados de la pertenencia a un territorio son la nacionalidad, la vecindad civil, el domicilio y la ausencia.

a) La nacionalidad

La nacionalidad es la cualidad que se atribuye a una persona por el hecho de pertenecer a una comunidad nacional organizada en forma de Estado. Es un estado civil sumamente importante, dado que determina la ley que regirá la capacidad, el estado civil, los derechos y los deberes de familia y la sucesión por causa de muerte de una persona (art. 9.1 del Cc). Por lo tanto, la definición de la nacionalidad de un sujeto determina cuáles serán las leyes que se le aplicarán, que normalmente serán las del Estado del cual tiene la nacionalidad.

Los sistemas para determinar o atribuir la nacionalidad de una persona son de dos tipos:

- El sistema del *ius sanguinis*, 'derecho de sangre', que considera nacional de un determinado país al hijo de padres nacionales aunque nazca en otro país.
- El sistema del *ius solii*, que considera nacional de un país al que nace dentro de su territorio.

Nuestro Código civil sigue un sistema mixto que combina criterios de los dos sistemas mencionados.

Espanoles según el Código civil

El Código civil considera **españoles de origen**:

- 1) a los nacidos de padre o madre españoles;
- 2) a los nacidos en España de padres extranjeros, si al menos uno de ellos ha nacido también en España (se exceptúan los hijos de funcionarios diplomáticos o consulares acreditados en España);
- 3) a los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecen de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad, y
- 4) a los nacidos en España sin una filiación determinada (art. 17 del Cc).

La nacionalidad española se puede **adquirir**:

- por adopción de un menor de edad (art. 19.1 del Cc);
- por opción (art. 20 del Cc): personas que estén o que hayan estado sujetas a la patria potestad de un español, o cuyo padre o madre eran españoles nacidos en España;
- por carta de naturaleza (art. 21 del Cc) otorgada discrecionalmente por el Gobierno cuando concurren circunstancias excepcionales;
- por residencia en territorio español durante diez años (art. 22 del Cc). Se establecen plazos más cortos para los refugiados (cinco años) y para los nacionales de países iberoamericanos, Andorra, las Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal y los sefardíes (dos años). En los casos siguientes, sólo hace falta un año de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición:
 - para quien haya nacido en España;
 - para quien no haya ejercitado la opción en el momento oportuno;
 - para quien haya estado sujeto a tutela, guarda o acogida de un ciudadano o institución española durante dos años consecutivos;
 - para quien haya estado casado durante un año con un ciudadano español;
 - para el viudo o la viuda de ciudadano español;
 - para el nacido fuera de España de padres o abuelos que originariamente habían sido españoles.

b) La vecindad civil

La **vecindad civil** es el estado civil que determina la pertenencia a un territorio con derecho propio o a un territorio regido por el derecho civil general.

Adquisición de la vecindad civil

- *Por filiación* (derecho de sangre o *ius sanguinis*): el hecho de ser hijo de una persona con una determinada vecindad civil hace que la persona adquiera esta vecindad civil (p. ej., el hijo de un catalán sería catalán).
- *Por lugar de nacimiento* (derecho del lugar de nacimiento o *ius soli*): el hecho de nacer en un lugar implica que la persona adquiera la vecindad civil de aquel lugar cuando no se conoce la identidad de los progenitores o bien cuando la vecindad civil de los padres no es coincidente.
- *Por opción*: la persona puede escoger qué vecindad civil quiere (p. ej., el hijo del mismo catalán que se ha visto antes puede escoger si quiere adquirir la vecindad de Cataluña o de la Comunidad Autónoma de Madrid).
- *Por residencia*: la persona que vive de manera habitual y continuada un tiempo determinado en un lugar, adquiere automáticamente la vecindad civil de aquel lugar (p. ej., el hijo de un catalán nacido en Madrid que vive diez años en Valencia, adquiere automáticamente la vecindad civil valenciana).

La **regla general** es que tienen la vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho especial o foral, **los nacidos de padres que tengan esta vecindad** (art. 14.2 del Cc). Si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tienen una vecindad civil diferente, el hijo tendrá la que corresponda a aquél de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en defecto de eso, tendrá la vecindad del lugar del nacimiento y, en último término, la vecindad de derecho común (art. 14. 3).

Además, el Código civil permite **adquirir** la vecindad civil:

- a) por opción entre la vecindad civil del lugar de nacimiento y la vecindad civil de uno de los progenitores;
- b) por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste que ésta es su voluntad, o
- c) por residencia continuada durante diez años, sin declaración en contra durante este plazo (art. 14.5 del Cc).

El matrimonio no altera la vecindad civil (art. 14.5 del Cc).

c) El domicilio

El **domicilio** no constituye ningún estado civil, ya que no influye en la capacidad de obrar de la persona. No obstante, es relevante para determinar cuestiones como el tribunal competente y el lugar de exigibilidad de las obligaciones para cada sujeto.

El Código civil establece que, para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar donde residen habitualmente (art. 40 del Cc). El domicilio se puede considerar, por lo tanto, la sede jurídica de una persona.

d) La ausencia

En derecho, se prevé la posibilidad de que una persona abandone su domicilio sin dejar instrucciones de cómo se tiene que actuar durante su ausencia, de manera que se establecen normas para asegurar que se mantengan sus relaciones jurídicas sin que su patrimonio disminuya por esta ausencia. Esta institución dirigida a asegurar los bienes y la situación jurídica del ausente se denomina *declaración de ausencia* (art. 181 y sigs. del Cc).

2.1.3. El Registro Civil

La importancia que tiene conocer y determinar el estado civil de las personas hace necesario un registro donde conste este estado civil. El **Registro Civil** hace público el estado civil de cada individuo, de manera que cualquiera lo pueda conocer y pueda actuar en consecuencia.

Nos puede interesar saber si la persona con quien queremos firmar un contrato es nacional o extranjera, si está casada o no y, en este caso, cuál es el régimen económico matrimonial al que está sujeta para determinar con qué bienes responderá de sus deudas, etc.

El Registro Civil es una organización administrativa (servicio público), una colección de libros y un medio para conocer la verdad oficial (publicidad registral). El Registro Civil depende del Ministerio de Justicia, y los asuntos referentes a éste son encomendados a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Registros incluidos en el Registro Civil

El Registro Civil está integrado por:

- a) Los **registros municipales**, a cargo del juez municipal o comarcal asistido por el secretario, salvo lo que dispone el artículo siguiente.
- b) Los **registros consulares**, a cargo de los cónsules de España en el extranjero.
- c) El **Registro Central**, a cargo de un funcionario de la Dirección General (art. 10 de la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957).

La inscripción en el Registro Civil es **título de estado** y, por lo tanto, es un medio específico para probar los hechos inscritos. Por este motivo, no se pueden impugnar en un juicio los hechos inscritos en el Registro sin que al mismo tiempo se inste a rectificar el asentamiento correspondiente.

Ausencia legal

El Código civil considera en situación de ausencia legal al que ha desaparecido de su domicilio o residencia:

- pasado un año desde que desapareció, o
- pasados tres años si encomendó la administración de sus bienes (art. 183 del Cc).

Registro Civil

La ley que regula el Registro Civil español es del 8 de junio de 1957, y ha sido desplegada por el Reglamento de 14 de noviembre de 1958. Ambas normas han sido modificadas posteriormente muchas veces.

2.1.4. La sucesión por causa de muerte de la persona física

La mayor parte de las relaciones jurídicas son transmisibles, es decir, se pueden cambiar sus sujetos sin que eso las altere. La transmisión es necesaria en caso de muerte del titular de una relación jurídica (p. ej., el propietario de un piso), ya que al dejar de existir ese titular, otra persona ha de pasar a ser el nuevo titular de esta relación. Esta **subrogación** ('puesta en lugar de') de una persona en las relaciones jurídicas transmisibles de otra persona a causa de la muerte de ésta última se denomina **sucesión *mortis causa***.

La **herencia** es el conjunto de relaciones jurídicas (derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte y que son transmisibles) objeto de la sucesión. El **causante** es la persona cuya muerte origina –causa– la sucesión.

Los criterios con los que se acostumbra a clasificar la sucesión hereditaria son el del origen de la sucesión y el del objeto sobre el cual recae ésta. Atendiendo a su origen, la **sucesión *mortis causa*** puede ser:

- 1) **voluntaria**, cuando el causante designa a los sucesores y regula el fenómeno de la sucesión antes de morir –se denomina *testamento* al negocio jurídico por el que el causante determina el destino de sus bienes después de que haya muerto–, y
- 2) **legal**, cuando no hay testamento o éste es nulo, en cuyo caso la ley determina el destino de los bienes –se denomina **sucesión *ab intestato***, **intestada** o **legal**.

Atendiendo al objeto, la sucesión puede ser:

- 1) **a título universal**, si se sucede en toda la herencia o en una parte: en este caso, el sucesor se llama *heredero*;
- 2) **a título personal**, si se sucede en relaciones jurídicas determinadas –**legados**–: en este caso, el sucesor se denomina *legatario*.

Ambas sucesiones son compatibles, de manera que pueden ser designados en un mismo testamento los herederos y los legatarios. Una diferencia importante entre ambos tipos de sucesión es que el heredero responde de las deudas del causante (se subroga tanto en sus derechos como en sus obligaciones), mientras que por regla general, el legatario adquiere los bienes que son objeto del legado y no responde de las deudas del causante.

2.2. La persona jurídica

2.2.1. La capacidad y la representación de la persona jurídica

Como hemos apuntado, el derecho atribuye cualidades propias de la persona física a la persona jurídica. Sin embargo, no son equivalentes, y esto se manifiesta en diversos aspectos: la persona jurídica no se puede expresar por sí misma, no puede hablar; por eso, necesita personas físicas que expresen su voluntad. Se trata de un supuesto de la llamada *representación legal*. El conjunto de personas que actúan en nombre de las personas jurídicas se denomina *órgano*.

Órgano

La idea de órgano está relacionada con el papel que ejercen los órganos del cuerpo humano. En la persona jurídica, se utiliza este lenguaje metafórico para hacer ver que, igual que en el ser humano, los órganos forman parte indivisible del cuerpo y que, por lo tanto, cuando los órganos están en funcionamiento, es el propio cuerpo el que actúa.

El número y el funcionamiento de los distintos órganos varían según las diferentes personas jurídicas, pero siempre encontramos dos órganos fundamentales:

- a) El órgano decisorio, en el que los integrantes conforman la voluntad de la persona jurídica (p. ej., la junta general en la sociedad anónima y en la sociedad de responsabilidad limitada, que está integrada por todos los socios, que deciden por mayoría la voluntad de estas sociedades).
- b) El órgano ejecutor, que representa a la persona jurídica ante terceros y que ejecuta la voluntad conformada por el órgano decisorio. Este órgano es el que obliga a la persona jurídica en el tráfico jurídico (p. ej., los administradores en las sociedades anónimas y en las sociedades limitadas).

2.2.2. Clases de personas jurídicas

El Código civil, en su artículo 35, distingue entre personas jurídicas de interés público y personas jurídicas de interés privado. Las primeras son las **corporaciones**, las **asociaciones de interés público** y las **fundaciones**. Las segundas son las **asociaciones de interés privado**.

En un primer momento, sólo se atribuía personalidad jurídica a los entes integrados por diversas personas que persiguieran un interés público. Se consideraba que había que concederles un beneficio por el bien que podían conseguir para la comunidad. Posteriormente, la atribución de personalidad jurídica se basó no tanto en la existencia de un interés público como en la existencia de conjuntos de personas y bienes que actuaban en el tráfico buscando una cierta independencia con respecto a sus componentes individuales. Se admitieron entonces las personas jurídicas de interés privado.

Les personas jurídicas de interés público

Persona jurídica

No podemos ver a una persona jurídica paseando en bicicleta por la calle.

Las **corporaciones de interés público** son personas jurídicas de derecho público. Se diferencian de las asociaciones y las fundaciones en el hecho de que no son creadas por la voluntad de sus componentes, sino por la voluntad del legislador en defensa del interés público (interés general). La corporación es creada por ley (por ejemplo, la Corporación Catalana de Televisión o la Corporación Metropolitana de Transporte Público).

Las **asociaciones de interés público** tienen una finalidad no lucrativa: no persiguen una ganancia para sus integrantes, sino que tienen una finalidad cultural, benéfica, deportiva, etc. El art. 22 de la CE reconoce como fundamental el derecho de asociación y establece su inscripción en el Registro de Asociaciones con el único efecto de hacerla pública.

Artículo 22

- 1) Se reconoce el derecho de asociación.
- 2) Las asociaciones que persigan fines o que utilicen medios tipificados como delito son ilegales.
- 3) Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo se tendrán que inscribir en un registro con el único efecto de hacerlas públicas.
- 4) Las asociaciones podrán ser disueltas o se podrán suspender sus actividades sólo en virtud de una resolución judicial motivada.
- 5) Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar (art. 22 de la CE).

La promulgación de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, Reguladora del Derecho de Asociación significó la derogación de la antigua Ley de Asociaciones de 1964. La nueva ley se basa en la capacidad de autorregularse de la propia asociación y en la no injerencia de las administraciones públicas. Los miembros de las asociaciones inscritas no responden personalmente de las deudas de la asociación, y los posibles beneficios se tienen que destinar a cumplir los fines de la entidad: nunca se han de repartir entre los asociados.

Podrán constituir asociaciones y formar parte de ellas las personas físicas y las jurídicas, tanto si son públicas como privadas. Las personas físicas necesitan tener la capacidad de obrar y no estar sujetas a ninguna condición legal para ejercer este derecho. En caso de menores no emancipados de más de catorce años, necesitarán el consentimiento –acreditado documentalmente– de las personas que tengan que suplir su capacidad.

Acuerdo de constitución

Las asociaciones se constituyen mediante el acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas constituidas legalmente que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades con el fin de conseguir unas finalidades lícitas, comunes, de interés general o particular, y que se dotan de los estatutos que rigen su funcionamiento.

El acuerdo de constitución, que incluirá la aprobación de los estatutos, se tendrá que formalizar mediante un acta fundacional en documento público o privado. Con el otorgamiento del acta, la asociación adquirirá su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar, sin perjuicio de la necesidad de ser inscrita a partir de lo que establece el artículo 10 (art. 5.1 y 2 de la Ley Orgánica 1/2002).

Las asociaciones

Las asociaciones son agrupaciones de una pluralidad de personas físicas (aunque también puede haber personas jurídicas) para desarrollar una actividad o para alcanzar unos objetivos determinados y compartidos por todos. Su intención es sin ánimo de lucro; no hay una voluntad de ganancia de dinero.

Las **fundaciones** son entidades constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de su creador, tienen afectado con carácter duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general.

Las fundaciones se regulan por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que establece que éstas se rigen por la voluntad del fundador –que las puede constituir por un acto *inter vivos* o *mortis causa*–, por sus estatutos y, en todo caso, por la ley.

Las fundaciones

1) Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde que la escritura pública de su constitución se inscriba en el registro de fundaciones correspondiente. La inscripción sólo podrá ser denegada cuando la escritura no se ajuste a las prescripciones de la ley.

2) Sólo las entidades inscritas en el registro al cual se refiere el apartado anterior podrán utilizar la denominación de *fundación* (art. 4 de la Ley 50/2002).

Podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, tanto si son públicas como privadas. Las personas físicas necesitarán tener capacidad para disponer gratuitamente de los bienes y los derechos en los que consista la dotación. Las fundaciones son, de hecho, patrimonios adscritos a un fin de interés general. La administración de este patrimonio y la realización de las actividades propias de la fundación se encomienda a un órgano denominado generalmente *patronato*, cuya actuación está siempre sujeta a la voluntad del fundador.

Las personas jurídicas de interés privado

Las personas jurídicas de interés privado son las sociedades civiles y mercantiles, asociaciones que persiguen un lucro para sus socios.

La cooperativa

En la cooperativa, constituida por personas unidas por necesidades socioeconómicas comunes, destaca su propósito de mejorar las condiciones de vida de sus propios miembros y del entorno comunitario en el que se mueven, desarrollando una actividad empresarial de base colectiva en la cual la idea de grupo como tal está por encima del individuo. El servicio mutuo y la aportación pecuniaria de la totalidad de los miembros es lo que permite el cumplimiento de una función que tiende a esta mejora en las relaciones humanas y los intereses colectivos.

Están reguladas por la Ley de Cooperativas de 16 de julio de 1999 (LCoop), si bien en todas las comunidades autónomas que han usado su competencia en esta materia también hay leyes de cooperativas que son aplicables a las cooperativas constituidas en su territorio (Por ejemplo, la Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas, rige para las cooperativas que desarrollan su actividad principalmente en Cataluña). La sociedad cooperativa se constituirá mediante escritura pública, que debe inscribirse en el Registro de Sociedades Cooperativas. Con la inscripción adquirirá personalidad jurídica (art. 7 LCoop). Pueden revestir la forma de cooperativa de primer y segundo grados (art. 1.4 LCoop). Y salvo en los supuestos previstos en la LCoop, las cooperativas de primer grado deberán estar integradas, al menos, por tres socios, y las de segundo grado deben estar constituidas, al menos, por dos cooperativas (art. 8 LCoop). La actividad común varía según el tipo de necesidad de que se trate. La LCoop, en el artículo 6, establece las de trabajo asociado, las de consumidores y usuarios, de viviendas, agrarios, de explotaciones comunitarias de la tierra, de servicios, del mar, de transportistas, de seguros, sanitarias, de enseñanza y de crédito. En las cooperativas de consumo, por ejemplo, son los mismos cooperativistas los que adquieran los productos del fabricante o del distribuidor al por mayor para venderlos entre ellos, con lo que se evita la intervención de intermediarios que encarecen el precio.

La fundación

La fundación es consecuencia de un acto fundacional de dotación o aportación de una masa de bienes para afectar este patrimonio al cumplimiento de una finalidad de interés general.

La cooperativa

Es una sociedad de personas y no de capital. Su finalidad es la de mejorar las condiciones de vida de los socios y su entorno.

Cooperativas de consumo

En las cooperativas de consumo serán los propios cooperativistas quienes adquieran los productos del fabricante o mayorista para venderlos entre ellos y evitar así intermediarios que encarezcan el precio. Por otro lado, en las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra los cooperativistas aportan sus tierras para explotarlos entre todos.

En las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, los cooperativistas aportan sus tierras para explotárselas entre todos.

2.2.3. La extinción de la persona jurídica

A diferencia de lo que pasa con la persona física, cuya muerte determina la extinción de su capacidad jurídica, la persona jurídica, cuando decide disolverse o es obligada a hacerlo, mantiene su capacidad jurídica. Esto es así porque la extinción de la persona jurídica no es automática, sino que es un proceso que empieza con la concurrencia de una causa de disolución (p. ej., la imposibilidad de cumplir el fin para el cual se constituyó, la pérdida del patrimonio, un acuerdo del órgano decisorio, etc.). Ahora bien, una vez disuelta, la persona jurídica ha de liquidar las relaciones jurídicas pendientes (p. ej., cobrar lo que se le debe, pagar lo que debe, etc.) y, para poder hacerlo, tiene que mantener la personalidad jurídica, que sin embargo, queda disminuida, puesto que sólo queda facultada para hacer las operaciones propias de la liquidación: operaciones pendientes y destinación del líquido sobrante según la naturaleza de la persona jurídica. Una vez hechas las operaciones liquidadoras, la inscripción de la extinción de la persona jurídica en el registro pertinente determina el cese de su personalidad jurídica.

Disolución de la persona jurídica

Cuando hay una causa de disolución de la persona jurídica, ésta no se extingue, sino que entra automáticamente (*ipso iure*) en período de liquidación y mantiene su personalidad jurídica para poder hacer las operaciones liquidadoras.

3. Los bienes patrimoniales. La propiedad

3.1. Concepto y clases de bienes patrimoniales

Se consideran **bienes patrimoniales** las cosas que son susceptibles de apropiación, esto es, de pertenencia personal (art. 333 del Cc).

Los **bienes extrapatrimoniales**, en cambio, están constituidos por los llamados *derechos de la personalidad*, que, aunque son bienes porque de alguna manera reportan un valor al individuo, no son susceptibles de ser valorados económicamente. Se trata de los derechos fundamentales ya estudiados, que son inherentes al concepto de *persona*. Para estos derechos no pueden regir los modos de adquisición de los derechos patrimoniales subjetivos, ya que los derechos de la personalidad se generan en el propio instante de la concepción.

De los bienes se puede destacar que han de tener una **existencia real**, aunque ésta no tiene que ser tangible (p. ej., el derecho de un compositor sobre su obra). Y para ser apropiables, también tienen que ser **susceptibles de titularidad**, de manera que quedan excluidas las cosas fuera del comercio o *extra commercium*.

La doctrina ha hecho una **clasificación** detallada de los bienes en la que quedan remarcadas sus diversas cualidades. La más importante es la que establece la distinción entre los **bienes muebles** y los **bienes inmuebles**.

Bienes inmuebles son los que no se pueden mover y **bienes muebles** son los que sí que se pueden desplazar sin que con eso se altere su naturaleza.

El Código Civil no define los bienes muebles y los bienes inmuebles, sino que enumera los que considera inmuebles en su art. 334. De los supuestos previstos, la doctrina distingue inmuebles **por naturaleza** (p. ej., las fincas o predios), **por incorporación** (p. ej., lo que está unido a un inmueble de manera definitiva o fija y lo que se ha construido en él) y **por destinación** (p. ej., las estatuas, los relieves y las pinturas colocados en edificios por el dueño del inmueble). Los bienes no comprendidos en el art. 334 del Cc y, en general, todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin detrimento de la cosa inmueble a la cual están unidos se consideran muebles (art. 335 del Cc).

Bienes

A partir de ahora, utilizaremos la palabra *bienes* para referirnos a los bienes patrimoniales.

Bienes extra commercium

Son las cosas que no pueden ser "apropiadas", como por ejemplo el aire, el espacio, etc.

La distinción entre bienes muebles y bienes inmuebles es muy importante, porque los inmuebles han sido considerados bienes más valiosos que los muebles –hasta el siglo XIX la economía ha sido principalmente agraria. Por eso, el tráfico de negocio con inmuebles requiere más exigencias que el tráfico con muebles (p. ej., la transmisión de un inmueble requiere la plena capacidad de obrar –no la puede hacer un emancipado–, una forma especial –escritura pública– y a los efectos de publicidad, su inscripción en el Registro de la Propiedad).

Otra **clasificación** relevante es la que distingue entre **bienes de dominio público** y **bienes de dominio privado**. Los de **dominio público** son aquellos que, además de pertenecer al Estado o a cualquier órgano de la Administración pública, están destinados a un uso público (caminos, calles, obras públicas en general...) o bien están destinados a un servicio público (murallas, minas...) (art. 339 y sigs. del Cc). Como satisfacen el interés general y se consideran de todos, son bienes **inalienables**, **inembargables** e **imprescriptibles**, es decir, no se pueden vender, no se pueden embargar, ni tampoco se pueden adquirir con el transcurso del tiempo (prescripción adquisitiva). Los bienes del Estado o de la Administración pública que no tienen estas características son bienes de propiedad privada, y también son de dominio privado los que pertenecen a particulares, individual o colectivamente.

Los bienes pueden ser **fungibles** o **genéricos** si se identifican por su género o cantidad y son sustituibles en una relación jurídica (p. ej., manzanas, ovejas, etc.) y **no fungibles** o **específicos** si se identifican por su individualidad (p. ej., un cuadro, un mueble, etc.). Cuando se hace un negocio sobre bienes fungibles, la entrega de cualquiera de éstos implica cumplimiento (p. ej., la entrega de 100 kg de manzanas reineta). No obstante, las partes pueden designar un bien determinado como específico (p. ej., escoger una oveja determinada por la cantidad de leche que da). En estos casos, el bien se convierte en específico por voluntad de las partes.

El dinero

Es el bien fungible por excelencia: cualquier moneda o billete equivale a otra u otro del mismo valor, sin que importe cuál es. Éste es el motivo por el que no se puede reclamar su propiedad, puesto que, para hacerlo, hay que identificar el objeto reclamado y el dinero no se puede identificar.

Los bienes son **consumibles** si el primer uso agota su utilidad y **no consumibles** si ésta no se agota. La consumibilidad puede ser económica (p. ej., alimentos) o jurídica (p. ej., un bien se consume jurídicamente con la venta: la utilidad económica continúa para el comprador, pero el vendedor agota la jurídica). Todos los bienes son jurídicamente consumibles aunque no lo puedan ser económicamente.

El valor de los bienes

Hoy en día, con una economía básicamente industrial y comercial, el valor de los muebles supera en muchos casos el de los inmuebles, y por esto se otorga una importancia especial a los muebles (p. ej., la letra de cambio o el pagaré) y se crean registros como el Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión, en el que se inscriben determinados derechos sobre bienes muebles.

Los bienes pueden ser **divisibles**, si las partes resultantes de la división constituyen bienes autónomos que mantienen la misma función y naturaleza que el bien original (p. ej. una finca), e **indivisibles**, si pierden su función y naturaleza cuando se dividen (p. ej., una mesa).

3.2. El rendimiento de los bienes patrimoniales

Los bienes admiten, en principio, tres aprovechamientos posibles:

- a) El **uso** comporta que se utilice el bien sin que se altere su integridad; por esto sólo es posible respecto de bienes económicamente no consumibles (p. ej., el uso de una vivienda).
- b) El **disfrute** consiste en obtener la utilidad de un bien, sin alterarlo, por medio de los frutos que produce (p. ej., recoger la uva en una finca de viñas).
- c) La **disposición** de un bien implica alterar su integridad física (p. ej., comerse una manzana) o jurídica (p. ej., transmitir el bien).

La utilidad derivada del uso y el disfrute de un bien (la disposición se estudia cuando se tratan los derechos reales) requiere una serie de gastos para ser obtenida. Es decir, para aprovechar un bien, a veces hay que invertir. Estas inversiones pueden ser de tres tipos:

- a) **Gastos necesarios**, dirigidos a conservar la cosa y su utilidad ordinaria (p. ej., la comida de las vacas).
- b) **Gastos útiles**, que son las inversiones que incrementa el valor del bien y su utilidad (p. ej., vitaminas para las vacas, que aumentan el número de litros de leche que producen diariamente).
- c) **Gastos de lujo**, que incrementan el valor de la cosa pero no su utilidad, ya que significan un puro adorno (p. ej., los collares de las vacas).

Cuando estos gastos los hace quien no es el propietario del bien (p. ej., un arrendatario), se plantea la cuestión de si éste tiene que indemnizar a aquél por estos gastos cuando el bien le sea devuelto. Nuestro ordenamiento resuelve en cada caso lo que procede, si bien por regla general el propietario tiene que indemnizar por los **gastos necesarios y útiles** si lo hizo un poseedor de buena fe (no, por lo tanto, si los hizo quien robó el bien). Y con respecto a los **gastos de lujo**, se los podrá quedar quien los hizo si se pueden retirar del bien sin dañarlo, a menos que el propietario se los quiera quedar pagándoselos.

Los **frutos** son los rendimientos a cuya producción periódica está destinado económicamente el bien que los produce, sin que eso implique la alteración de su sustancia.

Los frutos son productos o utilidades que genera un bien, y el Código civil distingue tres clases de frutos (art. 355 y sigs. del Cc), que son los siguientes:

- a) Los **frutos naturales**, que son las producciones espontáneas de la tierra y las crías y otros productos de los animales.
- b) Los **frutos industriales**, que son los que producen los predios de todo tipo en beneficio del cultivo o del trabajo.
- c) Los **frutos civiles**, que son el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y las rentas que produce el dinero (intereses).

A su vez, los frutos pueden ser:

- a) *pendientes*,
- b) *separados*, es decir, segregados naturalmente del bien (de la tierra, los árboles, etc.), y
- c) *percibidos*, es decir, aprehendidos con la intención de tenerlos como propios.

Los frutos naturales e industriales sólo se adquieren si se separan efectivamente; en cambio, los frutos civiles se adquieren a medida que se van produciendo, de día en día.

El arrendatario de una finca rústica, al acabar el arrendamiento, sólo se puede quedar los frutos separados, y esto aunque toda la cosecha esté pendiente y haya hecho los gastos para su producción. En cambio, quien tenga un dinero invertido cobrará los intereses proporcionales al tiempo de duración del contrato si éste se resuelve por cualquier causa, ya que éstos se devengan cada día.

3.3. El patrimonio: concepto y características

Se entiende por *patrimonio* el conjunto de bienes y derechos de contenido económico que pertenecen a una persona.

La idea de patrimonio como conjunto de bienes que, a pesar de su heterogeneidad, forman una unidad por el hecho de pertenecer a un titular único nació para explicar el funcionamiento en el tráfico jurídico de una diversidad de bienes como si se tratara de un todo único.

El patrimonio

El patrimonio se considera jurídicamente como un todo que supera los bienes y los derechos concretos que lo componen.

La herencia, que por sí misma es un patrimonio sin titular actual, se trata como un conjunto unitario de bienes que se ofrece a los herederos. El art. 1911 del Cc hace que cada persona responda de sus obligaciones con todos los bienes presentes y futuros, es decir, con todo su patrimonio.

El verdadero patrimonio de una persona es lo que resulta de descontar las deudas que configuran el pasivo de esa persona de los bienes y los derechos que componen el activo.

La característica fundamental del patrimonio es que se considera como un todo único un conjunto heterogéneo de bienes y derechos, es decir, la **unidad**. Esta unidad se basa en el **principio de subrogación real**, según el cual puede haber entradas y salidas de bienes (sustitución de bienes y derechos por otros) sin que eso afecte a su esencia (p. ej., sale un coche y entra el dinero de la venta). Por esto, aunque el valor del patrimonio puede variar, siempre continúa siendo el patrimonio de un titular.

3.4. Derechos sobre los bienes patrimoniales

En derecho privado, es fundamental distinguir, dentro de los derechos de los que puede ser titular una persona, entre **derechos personales** y **derechos reales**. Cada uno de éstos conlleva que se aplique un régimen jurídico diferente.

El **derecho real** comporta una relación inmediata, directa, entre el titular de éste y la cosa objeto del derecho. Esto impone a los terceros un deber de respeto y abstención hacia ese derecho. El **derecho personal** implica una relación de deuda entre dos sujetos, un acreedor y un deudor, sin relación inmediata con ninguna cosa.

A partir de estas características, aparecen una serie de **diferencias** entre un régimen jurídico y el otro en diversos aspectos:

- **Por el sujeto.** El derecho real implica un sujeto activo determinado (el titular) y uno pasivo indeterminado (el que perturba este derecho real). El derecho personal implica a dos sujetos determinados: deudor y acreedor.
- **Por el objeto.** El derecho real tiene como objeto directo una cosa determinada. El derecho personal tiene como objeto inmediato una conducta, una prestación (dar, hacer o no hacer).
- **Por la eficacia.** El derecho real es eficaz ante todo el mundo –*erga omnes*–, ya que todo el mundo es un perturbador potencial (p. ej., todo el mundo puede arrebatar el bien sobre el cual recae el derecho real). Por esto se dice

El principio de subrogación real

Se manifiesta dentro de la institución de la declaración de muerte si después de la declaración de muerte se presenta el ausente o se prueba que vive. En este sentido, se establece que éste recobrará sus bienes en el estado en el que estén y que tendrá derecho al precio de los que se hayan vendido o a los bienes que se hayan adquirido con este precio (art. 197 del Cc). Y esto porque recupera "su" patrimonio.

que es un derecho absoluto que se caracteriza por la **reipersecutoriedad**, es decir, el derecho acompaña a la cosa a cualquier sitio adonde vaya. El derecho personal es relativo, y sólo el deudor lo puede perturbar o incumplir.

- **Por el papel que ejerce la autonomía de la voluntad.** El ámbito de este principio en el derecho real es muy pequeño, y la ley predetermina en gran manera el régimen de este tipo de derechos. El derecho personal se rige fundamentalmente por lo que han pactado las partes libremente.
- **Por el origen.** El derecho real se adquiere siguiendo **la teoría del título y el modo**, es decir, un título que justifique la adquisición y la entrega efectiva del bien sobre el que recae (modo). También se puede adquirir el derecho real por **usucapión**, es decir, por la posesión continuada del bien sobre el que recae durante un período de tiempo determinado. El derecho personal se adquiere por el simple título, normalmente un negocio jurídico. El derecho personal no se puede adquirir con la prescripción adquisitiva o usucapión.
- **Por la duración.** El derecho real tiende a ser perpetuo. El derecho personal nace con el fin de cumplirse y morir. Por esto, las acciones para reclamar los derechos personales prescriben antes.
- **Por la desaparición de la cosa.** Ésta provoca que el derecho real se extinga. En el caso de un derecho personal, si la prestación consiste en dar una cosa, la desaparición de ésta provoca que el derecho recaiga sobre otra cosa diferente o, si procede, sobre una cantidad de dinero en concepto de indemnización.
- **Por su acceso al registro.** Los derechos reales, por regla general, son inscribibles en los registros existentes a este efecto. Los derechos personales, no.

La compraventa

La diferencia entre ambos tipos de derechos se aprecia en la compraventa. Por el acuerdo o pacto de compraventa surge para el vendedor la obligación personal de entregar la cosa vendida y, por lo tanto, un derecho de exigir esta entrega a favor del comprador. Ahora bien, una vez verificada la entrega, nace a favor del comprador el derecho real de propiedad. Si antes de entregar la cosa objeto de la compraventa ésta fuera sustraída, el comprador podría pedir al vendedor una indemnización por haber incumplido éste su obligación de entregar la cosa. Si la cosa se sustrae después de que haya sido entregada, el comprador, que ya es propietario de la cosa, la podrá reclamar a quien se la haya sustraído.

3.4.1. La posesión

Antes de abordar el concepto de cada derecho real, conviene hacer una referencia a la posesión.

La posesión es la simple tenencia de una cosa –o de un derecho real– independientemente del título que la pueda justificar, que puede no existir.

La posesión se puede referir a la propiedad (p. ej., la posesión del coche) o a otro derecho real (p. ej., si se atraviesa de manera continuada la finca del vecino, se tiene una servidumbre de paso), excepto los derechos reales de garantía.

La posesión es una mera **situación de hecho** que normalmente está justificada por un derecho, si bien es independiente del hecho de que este derecho exista o no. Ahora bien, la posesión, aunque no responda a la verdadera titularidad de un derecho, hace que parezca que este derecho existe. Por esto se dice de la posesión que, además de un hecho, es una **apariencia de derecho**.

Entre las maneras de poseer, se puede destacar la diferenciación que hace la doctrina entre la **posesión de buena fe** y la **posesión de mala fe**. El poseedor de buena fe es el que cree que su posesión está justificada en un derecho real adquirido legítimamente (sea cierto o no), mientras que el poseedor de mala fe es el que sabe que ningún derecho real ampara su posesión.

También es importante distinguir entre **posesión en concepto de dueño** y **posesión en concepto de tenedor de la cosa o del derecho** (p. ej., el arrendatario no posee en concepto de dueño, sino en concepto de tenedor de la cosa).

3.4.2. El derecho real de propiedad

El art. 348 del Cc define la propiedad como el derecho de disfrutar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. La propiedad se concibe, en este sentido, como el derecho absoluto sobre una cosa.

Esta concepción es liberal, puesto que el propietario no tiene límites en sus derechos sobre la cosa. Hoy en día, no obstante, ya no es del todo válida: la propiedad de un bien aprovecha a su propietario, pero el uso de este bien tiene que estar en sintonía con el interés de la comunidad.

El contenido típico del derecho de propiedad, o lo que es lo mismo, las **facultades** que el propietario tiene sobre la cosa son las siguientes:

1) **Facultad de libre disposición**, que incluye la facultad de enajenar la cosa, tanto con un negocio oneroso (p. ej., la compraventa) como gratuitamente (p. ej., la donación), la facultad de gravarla con otros derechos reales (p. ej., constituir un usufructo sobre el bien) y la facultad de transformarla.

Posesión y propiedad

Quien roba un coche lo posee aunque no sea su propietario.

La posesión en concepto de dueño

Significa que el poseedor actúa públicamente como si fuera el titular del derecho real en cuestión.

La función social de la propiedad

El art. 33 de la CE, después de reconocer el derecho a la propiedad privada, añade que "la función social de este derecho delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes".

2) **Facultad de libre aprovechamiento**, que incluye el derecho a usar la cosa (obtener la utilidad o rentabilidad normal), a disfrutarla (percibir los frutos y productos) y a consumirla (si se trata de un bien económicamente consumible).

3) **Facultad de tener la cosa y de reivindicarla** en caso de ser desposeído de ella. La reivindicación de un bien corresponde al propietario desposeído (propietario no poseedor) ante el poseedor no propietario (quien lo desposeyó del bien o un tercero). Para esto, el propietario tiene que demostrar que es el titular del bien, tiene que identificar perfectamente la cosa que reivindica, y la persona a la que se reclama la cosa ha de ser su poseedora y no ha de tener ningún título que la faculte para retenerla en su poder (p. ej., un contrato de arrendamiento).

3.4.3. La comunidad de bienes y la propiedad horizontal

Cuando se habla de **comunidad** se quiere hacer referencia a aquella situación caracterizada por la existencia de una pluralidad de personas que son titulares del mismo objeto. La cotitularidad es aquella relación jurídica en la que más de una persona es titular de un objeto. La comunidad de bienes designa la existencia de una pluralidad de sujetos que, de manera simultánea, son titulares de un objeto determinado.

Así, según indica el art. 392 del Cc, hay **comunidad** cuando la propiedad de una cosa o derecho pertenece *pro indiviso* a diversas personas; es decir, la comunidad es la manera de solucionar los problemas de las relaciones de los copropietarios.

Cada propietario sólo funciona por su **cuota** correspondiente, y esta cuota es aplicable a los derechos de carácter divisible, lo que significa que cada propietario tiene un derecho de propiedad exclusivo sobre una parte del objeto. De aquí se deduce que el objeto se convierte en común, pero que cada propietario sólo posee un derecho sobre una parte: la cuota. De esta manera, el objeto no se divide, pero sí el derecho, y cada propietario puede utilizar la cosa íntegramente, pero sólo tiene un derecho por la parte correspondiente a su cuota.

Esta cuota indica la medida de la contribución de cada titular (comunero) a las cargas y gastos de conservación de la cosa común, de su capacidad de disfrutarla y de su capacidad de decisión en las actuaciones de la comunidad en relación con el ejercicio del derecho sobre ella. La cuota de cada comunero puede ser enajenada (vendida, repartida, etc.) o gravada de forma independiente.

Diferencia entre comunidad de bienes y sociedad

La comunidad es presidida por el principio de autonomía con relación a sus normas de funcionamiento, ya que el Código civil establece unas reglas a fin de que funcionen subsidiariamente de las establecidas por los propios comuneros. En la comunidad también destaca el principio de proporcionalidad (art. 393 del Cc), tanto para los beneficios como para las cargas, que es la manifestación de la participación en la cosa común o cuota.

Precisamente, la diferencia principal entre ambas figuras es que en una comunidad de bienes los comuneros son propietarios de una cosa; cada uno tiene la propiedad de una parte de esta cosa y, en principio, su objetivo común es el de mantener y mejorar esta cosa. En una sociedad, las personas ponen en común bienes o dinero con la finalidad de obtener una ganancia de esta puesta en común; desarrollan una actividad destinada a obtener la ganancia que les ha hecho constituir la sociedad. En ésta última se establece una relación jurídica de poner en común bienes, dinero o industria, con el deseo de repartir las ganancias que se obtengan, puesto que la sociedad pretende obtener una ganancia o lucro, en contraposición con la comunidad, que se propone un estricto uso o disfrute de la cosa.

En la diferenciación se destaca, pues, la actitud de la voluntad de las partes hacia un aprovechamiento estático del bien, con el fin de considerar la situación como una comunidad, ante la *affectio societatis* o voluntad de constituir una unidad de grupo para hacer una actuación colectiva.

La **extinción** de la comunidad se puede producir por tres circunstancias concretas, que son: **destrucción de la cosa, reunión de todas las cuotas en una sola mano y división.**

La **propiedad horizontal** es una copropiedad especial, porque recae sobre inmuebles divididos en pisos y locales que pueden ser utilizados de forma independiente.

De esta manera, se puede establecer una distinción entre la propiedad exclusiva de cada uno de los pisos (como objeto independiente) y la existencia de una copropiedad conjunta e inseparable sobre los otros elementos comunes del edificio (ascensores, escalera, etc.).

Objetos independientes y objetos comunes

El edificio se descompone en objetos independientes, pisos, y objetos comunes. Los objetos comunes no son elementos independientes, no tienen pertenencia de los pisos y su aprovechamiento tiene que ser común y general para todos: se excluye cualquier aprovechamiento de tipo autónomo. Por el hecho de poseerlo, se tiene derecho a utilizar los bienes comunes del edificio.

Así, la pertenencia común pasa a ser accesoria del piso, ya que el edificio no existe jurídicamente. Sólo existen los pisos y sus accesorios de uso común. Cada propietario de un piso tiene un único derecho de propiedad, pero que se ejerce como exclusivo respecto del piso y compartido respecto de las pertenencias comunes.

3.5. Los derechos reales limitados

La **propiedad** es el único derecho real pleno, puesto que todos los otros derechos reales son limitados. El ejercicio pleno de las facultades de la propiedad exige que el bien objeto de ésta no esté gravado –limitado– por otro derecho real.

3.5.1. Los derechos reales limitados de uso y disfrute

Los derechos de uso y disfrute permiten al titular utilizar total o parcialmente una cosa ajena o bien apropiarse de los frutos que produce la cosa. En esta categoría, se incluyen el usufructo, los derechos de uso y habitación, la servidumbre, los censos y el derecho de superficie.

1) El **usufructo** (art. 467 y sigs. del Cc) otorga el derecho a usar los bienes ajenos y disfrutarlos con la obligación de conservar su forma y sustancia. El nudo propietario del bien pierde las facultades de uso y disfrute a favor del titular del usufructo, denominado *usufructuario*. Éste ha de conservar la forma y la sustancia de la cosa, lo que significa que no puede alterar su destinación económica ni la puede destruir. El usufructo, muy habitual en las relaciones familiares, busca conceder a una persona la utilidad de un bien sin que el propietario pierda su titularidad. Por eso, una característica esencial del usufructo es la limitación temporal de su duración, aunque perdure durante toda la vida del usufructuario (usufructo vitalicio).

2) Los **derechos de uso y habitación** (art. 523 y sigs. del Cc) son parecidos al usufructo, aunque están limitados a las necesidades del titular. Este titular tendrá el derecho a percibir los frutos de una cosa ajena –derecho de uso–, o bien a usar las habitaciones de una casa ajena –derecho de habitación–, o bien a ambas cosas –derecho de uso y habitación. Ahora bien, siempre tiene que haber el límite de las necesidades del usuario o habitacionista. No se pueden percibir todos los frutos ni se pueden ocupar todas las habitaciones, sino sólo aquellos que sean suficientes para las necesidades del titular de estos derechos.

3) La **servidumbre** (art. 530 y sigs. del Cc) es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro inmueble que pertenece a un propietario diferente. El inmueble a favor del cual se constituye la servidumbre se llama *predio dominante*, y el inmueble que la sufre se llama *predio sirviente*. La obligación de prestar el servicio en el que consiste la servidumbre recae sobre el predio, no sobre su propietario. El adquirente del predio sirviente adquiere una finca gravada con una servidumbre. Las servidumbres se pueden constituir voluntariamente (p. ej., por un acuerdo entre los propietarios del predio sirviente y el predio dominante) o por imposición legal. El Código civil impone una serie de servidumbres con la finalidad de asegurar unas buenas relaciones de vecindad

Usufructo y nudo propietario

Si un bien está gravado con un usufructo, el propietario continúa siendo el titular de este bien, pero no lo podrá usar, disfrutar ni consumir económicamente, porque estas facultades corresponden ahora al usufructuario. En este caso, el propietario se denomina *nudo propietario* en alusión a un derecho de propiedad que ha quedado "nudo".

Temporalidad del usufructo

Como el usufructo es temporal, si el usufructuario arrienda el bien usufructuado, el arrendamiento no se podrá alargar más tiempo que el del usufructo.

Predio y hacienda

Los conceptos de *predio* y *hacienda* son sinónimos de lo que conocemos como *finca rústica*.

(p. ej., la servidumbre de acueducto, para después de una indemnización, poder pasar el agua a través de los predios intermedios; la servidumbre de vistas, para abrir las ventanas y poder tener vistas a través de un predio ajeno, etc.).

4) Los **censos** son una obligación que grava al titular de una finca, aunque éste cambie, y por la que tiene que pagar un canon o rédito anual. Las causas de esta obligación pueden ser diversas. Los censos son derechos reales que, aunque arcaicos, visto su carácter perpetuo, perduran hoy en día. La ley facilita la extinción del censo (su redención), puesto que a menudo resulta, por este carácter perpetuo, excesivamente costoso y poco útil para ambas partes.

5) El **derecho de superficie** es aquel que permite a una persona edificar o plantar sobre suelo ajeno y disfrutar de lo que ha edificado o plantado pagando una renta periódica al propietario del terreno. Este derecho nunca se puede pactar con carácter perpetuo, y para que tenga efecto se tiene que inscribir en el Registro de la Propiedad.

3.5.2. Los derechos reales limitados de garantía

Como su nombre indica, los derechos reales de garantía intentan garantizar que se cumpla una obligación a favor de un acreedor. Estos derechos permiten al acreedor vender la cosa dada en garantía si el deudor incumple la obligación garantizada (que se llama *realización de la garantía*) y quedarse con el importe correspondiente a la deuda, pero tiene que devolver el sobrante al deudor.

De esta manera, el acreedor se asegura de que verá satisfecha la obligación pactada: o bien por cumplimiento voluntario del deudor, o bien porque, al haber incumplido éste su obligación, el acreedor le puede exigir que la cumpla o que devuelva la deuda garantizada.

Devolución del sobrante

Realizar la garantía implica vender obligatoriamente el bien y devolver el sobrante al deudor. En caso de incumplimiento por parte del deudor, el acreedor no se puede quedar el sobrante ni el mismo bien: el pacto en contra de este principio (**pacto comisorio**) está prohibido porque comportaría un enriquecimiento injustificado para el acreedor.

Como todo derecho real, el de garantía recae sobre el bien (reipersecutoriedad) y, por esto, quien adquiera el bien lo hace con el gravamen de responder según las condiciones estipuladas. Por otro lado, el derecho real es accesorio de la deuda, con lo que si se extingue la deuda, se extingue también el derecho real de garantía.

Entre los derechos reales de garantía, las figuras clásicas son las siguientes:

a) La **hipoteca**, que afecta en garantía a un bien inmueble del cual el deudor conserva la posesión. Para que este derecho real sea válido, hace falta que se formalice en escritura pública y que se inscriba en el Registro de la Propiedad (art. 145 de la LH).

b) La **prenda**, que afecta en garantía a un bien mueble la posesión del cual pasa al acreedor. La prenda no es inscribible (no hay un registro de muebles, a diferencia de lo que ocurre con los inmuebles); por esto, y con el fin de impedir la distracción del bien, se traspa su posesión al acreedor.

La figura de la prenda era poco útil y costosa si el deudor necesitaba para su trabajo los bienes dados como prenda. Por esta y otras razones, se promulgó la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, de 16 de diciembre de 1954. Ambas garantías, para que sean válidas, se tienen que constituir en escritura pública e inscribir en el Registro Especial de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (integrado en el Registro de la Propiedad). La **hipoteca mobiliaria** sólo se establece para unos bienes determinados (establecimientos mercantiles, automóviles y otros vehículos a motor, aeronaves, maquinaria industrial y la propiedad intelectual e industrial), y la **prenda sin desplazamiento de la posesión** se establece para otros (frutos pendientes y cosechas esperadas dentro del mismo año agrícola en el que se suscribe el contrato, frutos separados o productos de las explotaciones, animales y sus crías y productos, y máquinas y herramientas de estas explotaciones).

Hipoteca mobiliaria y prenda

Con la creación de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento de posesión, se amplía el número de derechos reales de garantía y se flexibilizan las condiciones de su constitución.

3.5.3. Derechos reales limitados de adquisición preferente

Los derechos de adquisición preferente crean limitaciones que afectan a la facultad de disposición del propietario. Y esto es así porque restringen la libertad de elección de la persona que puede adquirir la propiedad del bien (tanteo y retracto) o porque obligan al propietario a vender el bien a una persona determinada si ésta lo quiere así (opción).

El **tanteo** es un derecho de preferencia que faculta a una persona para adquirir una cosa determinada en el supuesto de que su propietario la quiera enajenar, pagando por ésta el mismo precio que quería pagar un tercero.

El **retracto** es un derecho de preferencia que faculta a una persona para adquirir una cosa cuando el propietario la haya enajenado, **subrogándose** (es decir, colocándose) en la posición del comprador.

En general, cuando hay un derecho de tanteo sobre un bien, el propietario que lo quiera enajenar lo tiene que comunicar al titular de este derecho, para que éste pueda decidir si lo ejercita o no. Si el propietario no hace esta comunicación, nacen para el titular el derecho de tanteo y el derecho de retracto, de manera que se puede quedar el bien abonando el mismo precio que pagó el comprador.

El tanteo y el retracto pueden nacer por un acuerdo entre las partes (tanteo y retracto convencionales) o por imposición de la ley (tanteo y retracto legales).

Si hay diversos copropietarios de un bien, el Código civil otorga preferencia a los copropietarios si uno de ellos quiere transmitir su parte a un extraño a la copropiedad (art. 1522.1 del Cc). La Ley de Arrendamientos Rústicos y la Ley de Arrendamientos Urbanos conceden preferencia al arrendatario si el propietario quiere enajenar el bien (art. 91 y sigs. de la LAR y art. 25 de la LAU).

Finalmente, la opción faculta al titular de este derecho a decidir si compra o no un determinado bien. Su consideración como derecho real no es unánime en la doctrina.

3.6. El Registro de la Propiedad

El Registro de la Propiedad es la institución jurídica que tiene la finalidad de registrar los diferentes derechos reales sobre bienes inmuebles, de manera que los terceros puedan comprobar la existencia y la realidad de estos derechos.

Con el sistema de inscripción, se ofrece a los terceros seguridad jurídica sobre quién es el propietario de un inmueble determinado, los gravámenes que puede tener, etc.

El Registro sigue un sistema de folios reales. En cada folio, están los datos sobre una finca. El ingreso de la finca en el Registro, en el que se describe por primera vez y se hacen constar los derechos reales sobre ésta (en particular, quién es su propietario), se denomina *inmatriculación*. Cada finca, desde el momento en que se inmatricula, tiene un número propio.

Una vez abierto el folio real, el resto de anotaciones que se hacen constar respecto de la finca se denominan *asentamientos registrales*. Los asentamientos registrales pueden ser de varios tipos:

a) La **inscripción** es la anotación por la que se hacen constar los actos y los contratos dirigidos a crear, transmitir, modificar, etc. un derecho real sobre la finca. En general, la inscripción es facultativa; sin embargo, como hemos visto, en el caso de la hipoteca, la inscripción es necesaria para que este derecho real nazca (la inscripción es constitutiva).

b) El **asiento de presentación** hace constar que se ha presentado un documento público en el Registro para que sea objeto de inscripción. Como la inscripción puede tardar un tiempo, con este asentamiento se deja constancia de lo que se quiere inscribir, y la fecha de la inscripción será, a todos los efectos, la del asentamiento de presentación (art. 24 de la LH).

Opción de compra

El derecho de opción de compra faculta al optante para que el dueño de una cosa (optatario) se la venda en unas condiciones determinadas.

El Registro de la Propiedad

La regulación legal del Registro de la Propiedad aparece en la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946, y en el Reglamento Hipotecario, de 14 de febrero de 1947.

c) La **anotación preventiva** deja constancia registral de determinadas situaciones jurídicas que pueden afectar a los derechos inscritos. Por esto, son asentamientos transitorios, ya que advierten sobre determinados hechos que pueden tener incidencia o no en el Registro (demandas, embargos, etc.).

d) La **nota marginal** consigna, en el margen de la hoja, algunos hechos, circunstancias, advertencias y referencias de muy diferente índole, y su importancia es accesoria.

e) El **asiento de cancelación** contradice o cancela un asentamiento anterior, sea una inscripción, una nota marginal o una anotación preventiva.

El Registro de la Propiedad se articula y funciona siguiendo lo que denominamos *principios registrales*. Entre estos principios, se pueden destacar los siguientes:

a) El principio de **publicidad formal** (el Registro es público y puede ser consultado por cualquier persona interesada).

b) El principio de **oponibilidad** (el contenido del Registro es oponible ante terceros, aunque éstos no conozcan su contenido).

c) El principio de **legalidad** o de **calificación registral** (el registrador tiene que comprobar la legalidad formal y material del documento que se quiere inscribir).

d) El principio de **legitimación**, que es consecuencia del anterior (se presume, *iuris tantum*, que el contenido del Registro es verdadero y legal).

e) El principio de **fe pública registral** (el tercero que adquiera de buena fe y a título oneroso algún derecho de persona y que aparezca con facultades para transmitirlo en el Registro será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o se resuelva el del otorgante en virtud de causas que no consten en el propio Registro).

4. El negocio jurídico

4.1. Concepto

En el ámbito jurídico, la doctrina suele distinguir tres conceptos, cada uno de los cuales, de alguna manera, significa una superación del anterior: se trata de los conceptos de **hecho jurídico**, **acto jurídico** y **negocio jurídico**.

El **hecho jurídico** es un hecho natural que se produce en el curso de la naturaleza y al que el derecho atribuye determinadas consecuencias. Se caracteriza porque es un hecho involuntario, en el sentido que no depende de un acto de la voluntad humana (p. ej., la muerte de una persona).

El **acto jurídico**, precisamente porque se trata de un acto, implica un comportamiento voluntario de la persona que lo hace, y el derecho le atribuye una serie de consecuencias independientemente de si han sido queridas o no por esa persona (p. ej., el suicidio).

El **negocio jurídico** es un comportamiento de una persona que, además de voluntario, incide en el mundo jurídico y se rige por las reglas jurídicas que esa persona determina. Tiene eficacia vinculante para las partes que intervienen, reconocida por el derecho (p. ej., la realización de un contrato de seguro de vida).

El negocio jurídico constituye un conjunto de normas aplicables a aquellos actos jurídicos que comportan una autorregulación. Y por esto, el derecho privado es el ámbito jurídico en el que hay que estudiarlo. En esta instancia, encontramos una variada gama de negocios jurídicos: capitulaciones matrimoniales, testamentos, constitución de sociedades, compraventas, arrendamientos, etc.

La existencia del negocio jurídico es posible porque, en nuestro ordenamiento, el **principio de autonomía de la voluntad** tiene un papel primordial. Según este principio, las partes de una relación jurídica pueden establecer "los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público" (art. 1255 del Cc).

La autonomía de la voluntad

El ordenamiento jurídico reconoce a los particulares la posibilidad de regularizar sus relaciones (de hacer contratos). Esto es lo que agiliza la vida moderna. Pensad que cada día y a todas horas contratamos: salimos de casa y cogemos un autobús, hacemos un contrato de transporte; compramos una ensaimada o un diario y hacemos un contrato de compraventa; vamos a la universidad y hacemos un contrato de arrendamiento de servicios...

En todos estos ejemplos hay un contrato, porque hay una oferta, una demanda y un consentimiento, ya que aceptamos contratar el servicio o adquirir la cosa y la otra parte acepta llevarnos al lugar donde queremos ir (una vez que le mostramos el documento contractual, que es el billete), vendernos la ensaimada o el diario...

Es decir, la libertad que el derecho otorga a la persona para que cumpla sus fines y que le permite crear voluntariamente una regla jurídica y someterse a ella voluntariamente tiene sus límites en las leyes, la moral y el orden público. Estos tres parámetros delimitan el mundo de la libertad del mundo del caos, de las cosas ilógicas y de la injusticia, y en este sentido, no se puede decir que amputen la libertad del individuo, sino que establecen el marco en el que ésta se desarrolla de manera auténtica y plena.

El orden público

Se entiende por *orden público* el conjunto de leyes imperativas, ya que las dispositivas admiten, por definición, pactos en contra.

4.2. Clases de negocio jurídico

La doctrina hace diferentes tipos de clasificaciones del negocio jurídico y se deriva un régimen jurídico especial aplicable a cada tipo de negocio.

Se habla de negocios **unilaterales**, **bilaterales** y **plurilaterales**. En los unilaterales, el negocio nace por la declaración de voluntad de una sola persona, que es quien establece las reglas de una determinada relación jurídica (p. ej., el testamento); en los bilaterales, el negocio nace por la concurrencia de la voluntad de dos partes (p. ej., el contrato de compraventa), y en los plurilaterales, por la de más de dos (p. ej., el contrato de sociedad).

Definición de parte

Parte, en una relación jurídica en derecho, hace referencia a una determinada posición jurídica (p. ej., comprador o vendedor) que puede estar compuesta por diversas personas físicas o jurídicas (p. ej., un grupo de amigos que compran una casa en la montaña sería la parte compradora en esta compraventa, aunque esta parte esté integrada por varios sujetos unipersonales).

También se hace una distinción entre negocios **onerosos** y negocios **gratuitos**. Los negocios onerosos son aquéllos en los que una parte recibe de la otra una cosa que tiene un valor igual o muy parecido al de lo que ésta tiene que entregar. Es decir, hay una correspondencia en el valor de las prestaciones que tienen que hacer recíprocamente las partes –prestación y contraprestación– (p. ej., la compraventa). Los negocios gratuitos son aquellos en los que no hay esta correspondencia y, por consiguiente, una parte no recibe nada o recibe una cosa de valor muy inferior a cambio de su prestación (p. ej., la donación o el testamento). En este sentido, cuando decimos en derecho que una transmisión o una adquisición se hace a título oneroso, expresamos que esta adquisición o transmisión significa una contraprestación de igual valor; en cambio, si decimos que la adquisición o la transmisión se hace a título gratuito, expresamos la falta de contraprestación.

Gratuito frente a oneroso

El Código civil utiliza indistintamente las expresiones *a título gratuito*, *a título lucrativo* y *a título de liberalidad* para referirse a los actos que no se hacen a título oneroso.

Se distinguen también los negocios *inter vivos* de los negocios *mortis causa*. Los primeros no dependen de la muerte de una persona para ser eficaces; en cambio, los segundos sí (p. ej., el testamento).

Otra clasificación es la que distingue los negocios **conmutativos** de los negocios **aleatorios**. En los negocios conmutativos, se fijan de antemano las prestaciones recíprocas de manera equivalente. En los aleatorios, en cambio, la efectividad de la prestación de una de las partes o el valor de esta prestación dependen del azar (en determinados seguros –p. ej., de daños– el pago por parte del asegurador y la cuantía de la indemnización dependen del hecho de que ocurra el hecho asegurado y de su alcance).

También es una clasificación importante la que distingue entre negocios **de disposición** y negocios **de administración**. Los primeros producen un cambio en la titularidad del bien (p. ej., la compraventa o la hipoteca); el bien pasa a pertenecer a otra persona o a estar gravado con derechos a favor de una persona distinta. Los negocios de administración se utilizan para conservar los bienes y obtener su aprovechamiento natural sin que se produzca, por lo tanto, un cambio de titularidad (p. ej., la poda de árboles o la recogida de frutos).

4.3. Presupuestos del negocio jurídico

Para que un negocio jurídico exista, el Código civil exige que haya tres requisitos: el **consentimiento** de los contratantes, un **objeto** cierto que sea materia del contrato y una **causa** de la obligación que se establece (art. 1261 del Cc).

4.3.1. Consentimiento de las partes

El consentimiento es un presupuesto lógico del negocio jurídico, ya que se basa en un acto de voluntad de las personas que intervienen en él. Sin esta voluntad libre, no se puede considerar que haya un negocio jurídico, puesto que no hay una decisión efectiva. El Código civil recoge cuatro **vicios de la voluntad** o **vicios del consentimiento**: si se presenta alguno de estos vicios, el negocio se puede anular, de manera que la persona que lo sufrió puede impugnar el negocio jurídico para que deje de producir efectos, dado que realmente no lo quería.

1) El **error** es una falta de adecuación entre la realidad y el conocimiento que tiene el sujeto, una falsa representación de la realidad. Para que sea considerado como vicio del consentimiento, el error tiene que ser esencial (ha de recaer sobre algún aspecto fundamental del negocio) e imputable al sujeto (ha de haber hecho todo lo posible para conocer la realidad).

2) La **violencia** implica que se ha obtenido el consentimiento mediante una fuerza irresistible (art. 1267.1 del Cc). Tiene, por lo tanto, un ámbito de aplicación muy reducido (p. ej., que alguien coja la mano de un contratante con el fin de obligarlo a firmar). La **intimidación**, mucho más común que la violen-

Vicio del consentimiento

Cuando la voluntad está viciada y, por lo tanto, no se presta el consentimiento libremente, se habla de *vicio de la voluntad* en el negocio jurídico.

cia, significa que se ha inspirado a uno de los contratantes "el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes" (art. 1267.2 del Cc).

3) El **fraude** o **engaño** consiste en inducir a la realización de un contrato con palabras o maquinaciones insidiosas, con intención de engañar (art. 1269 del Cc). El fraude tiene que ser grave, es decir, ha de provocar engaño y ha de ser el motivo que ha llevado a la otra parte a contratar, y no ha de ser utilizado por las dos partes contratantes (art. 1270 del Cc).

4.3.2. Objeto cierto

El objeto del negocio jurídico es aquello sobre lo cual las partes prestan su consentimiento. Pueden ser objeto de negocio jurídico todas las cosas disponibles, es decir, que no estén fuera del comercio de los hombres, incluidas las futuras, y todos los **servicios** que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1271 del Cc).

El objeto del negocio jurídico tiene que ser lícito, posible y determinado –o determinable.

La licitud del objeto excluye del negocio jurídico las cosas sustraídas en el tráfico (p. ej., bienes de dominio público: playas, ríos, etc.), las cosas comunes a todos (p. ej., el aire), los bienes o los derechos que no tienen un contenido patrimonial (p. ej., el derecho al honor) y los servicios ilícitos (p. ej., apalearse a alguien) o inmorales. La imposibilidad puede ser tanto material como legal. La determinabilidad del objeto implica que, aunque en el momento de suscribir el negocio no exista de manera específica, se fijen las reglas que permitan concretarlo.

Determinación del objeto

Por ejemplo, la compra de parte de una cosecha que todavía no existe, pero en la que se fijan las características relativas a la calidad de los frutos.

4.3.3. Causa

La causa es la justificación, la finalidad última que persigue el negocio jurídico. La causa tiene que existir y tiene que ser lícita –no se puede oponer a las leyes ni a la moral (art. 1275 del Cc). A la hora de determinar la licitud de la causa, se evalúa la operación en conjunto, las circunstancias o el contexto del negocio, a diferencia de lo que ocurre cuando se quiere determinar la licitud del objeto, situación en la que se evalúan las cosas o servicios en sí mismos.

Licitud de la causa

Un laboratorio farmacéutico puede estar autorizado para fabricar y vender una determinada droga. Si la venta de esta droga la hace un narcotraficante, este negocio será nulo, porque la causa es ilícita, y esto aunque el objeto –la droga y el precio– sea lícito considerado en sí mismo.

En este contexto, se habla de *negocio simulado* para referirse a aquel en el que las partes que intervienen manifiestan conscientemente una cosa diferente de la que persiguen realmente. La simulación puede ser de dos tipos:

- **Simulación absoluta**, cuando las partes no quieren hacer ningún negocio; en este caso, el negocio jurídico es inexistente por falta de consentimiento.
- **Simulación relativa**, cuando las partes no quieren el negocio jurídico que manifiestan, sino otro diferente.

Ejemplo de simulación relativa

Un supuesto típico de simulación relativa es fingir que se hace una compraventa cuando en realidad se quiere hacer una donación. La finalidad es eludir el impuesto de donaciones, que es más costoso que el aplicable a la compraventa. En este caso, el negocio no es una compraventa, pero sí que valdrá como donación si se cumplen los requisitos de ésta. Se trata de evitar el fraude de ley aplicando a las partes las reglas del negocio que querían eludir.

Las partes intentan defraudar el ordenamiento, ya que pretenden evitar que se apliquen las reglas del negocio jurídico que realmente quieren hacer, porque son más costosas que las del negocio que simulan. En la simulación relativa, el negocio aparente no valdrá, porque no es lo que querían las partes, pero sí que puede valer el negocio que querían ocultar si se cumplen los requisitos de éste.

Distinto del negocio simulado es el **negocio indirecto**, en el que las partes, mediante la realización de un negocio jurídico, provocan un resultado propio de otro tipo de negocio. Aquí no intentan defraudar el derecho, ya que no hay una finalidad ilícita, y por esto, se aplican –en la medida de lo posible– las reglas del negocio manifestado.

Ejemplo de negocio indirecto

A, que debe 6.000 euros a B, entrega a éste su coche –valorado en esta cantidad–, de manera que se entiende que ha pagado la deuda. A y B pactan que si al cabo de cuatro meses A paga en metálico la cantidad de 6.000 euros, incrementada con el interés correspondiente a B, A recuperará su coche. Externamente es una compraventa, pero internamente es una manera de garantizar al acreedor –que tiene el coche– el pago de una deuda; en esto no hay ninguna intención fraudulenta.

4.4. La forma del negocio jurídico

La forma constituye el medio con el que las partes exteriorizan su voluntad de negocio. Toda declaración de voluntad tiene una forma. La forma más simple es la oral o verbal.

En el derecho español, se consagra el principio de **libertad de forma** como principio inspirador del sistema de negocios. Así, se considera que el negocio jurídico es obligatorio, sea cual sea la forma en la que se haya suscrito, siempre que existan los requisitos esenciales para que sea válido, es decir, **consentimiento, objeto y causa** (art. 1278 del Cc).

Se dice que un negocio jurídico es formal cuando se necesita una forma diferente de la oral para que nazca o para que se pruebe que existe.

La escritura pública

La escritura pública es un documento otorgado (elaborado) por un notario. El notario es un funcionario que da fe de lo que manifiesta; por esto estas declaraciones son consideradas como válidas en derecho (aunque se puede probar posteriormente que no lo eran). Las escrituras públicas dan fe del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste (art. 1218.1 del Cc). De los notarios y de otros funcionarios, los registradores, se dice que son *fedatarios públicos*, ya que testifican la veracidad de una determinada afirmación: dan fe.

En algún caso excepcional, la ley exige que, para que el negocio jurídico sea válido, éste se ha de suscribir cumpliendo una forma determinada y, si no se cumple, el negocio no llega a nacer (p. ej., la hipoteca requiere la escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad). En estos supuestos, se dice que la forma es **constitutiva**, o también *ad solemnitatem*.

Fuera de estos supuestos de carácter excepcional, en los otros casos, la forma cumple una **función probatoria**, ya que es más fácil probar la existencia y fijar el contenido de un negocio jurídico que conste por escrito que de un negocio que se ha hecho oralmente. En estos casos, se dice que la forma es *ad probationem*.

El Código civil permite a las partes del negocio que, en determinados supuestos, se puedan obligar recíprocamente a hacer constar el negocio jurídico en escritura pública (art. 1279 y 1280 del Cc).

4.5. La representación en el negocio jurídico

En general, la persona interesada en un negocio jurídico determinado actúa por sí misma, de manera que recaen sobre ella las consecuencias de esta actuación. No obstante, a veces, y por diferentes causas (lugar, tiempo, conocimientos específicos, etc.) es obligado o conveniente que una tercera persona intervenga en lugar de la interesada.

Negocio jurídico formal

En el negocio jurídico formal se exige, por ejemplo, simple constancia por escrito, constancia en escritura pública, inscripción en determinados registros del documento que contiene esta voluntad, etc.

La **representación** es una figura según la cual una persona (representante) actúa de manera que las actuaciones tienen trascendencia en derecho y las consecuencias recaen sobre una tercera persona (representado). El representante sustituye la voluntad del representado, obra como si el propio representado fuera quien negociara.

Cuando hay representación, aparecen **tres sujetos**: el representante, el representado y el tercero.

La representación significa una **actuación por cuenta ajena** (las consecuencias de la actuación del representante recaen en un tercero, el representado). El representante obra en virtud de una orden o **mandato** dados por el representado. Esta orden es un negocio jurídico dirigido a regular la relación entre representante y representado (**relación interna**) y se refiere a las instrucciones del representado y al precio, si procede, de la actuación del representante.

La actuación del representante con los terceros se puede llevar a cabo **en nombre propio** o **en nombre ajeno**. Cuando el representante actúa **en nombre propio**, él mismo queda obligado con los terceros.

Representante que actúa en nombre propio

Pedro encarga a Juan que compre la lavadora que la vecina de Juan, María, ofrece a buen precio –mandato– y Juan suscribe el contrato de compraventa con su vecina. En el contrato de compraventa, aparece como vendedora la vecina y como comprador, Juan. Por lo tanto, los derechos y las obligaciones que genera la compraventa para cada parte corresponden a Juan y a María. Es decir, María sólo puede reclamar el precio a Juan y Pedro no puede hacer reclamaciones a María sobre el estado de la lavadora, las tendrá que hacer el propio Juan. En la hipótesis de que Juan no entregara la lavadora a Pedro, éste la podría reclamar en virtud del mandato, que a su vez, genera derechos y obligaciones propios de este negocio entre Juan y Pedro.

Ahora bien, si el representado otorga **poder de representación** al representante, éste podrá actuar en nombre del representado. El poder normalmente se formaliza en escritura pública y hace referencia a la **relación externa**, la del **poderdante** (representado) con los terceros en el negocio jurídico realizado por el representante **apoderado**.

Representante que actúa en nombre del representado

En el caso anterior, si Pedro apodera a Juan, en el contrato de compraventa aparecerá la vecina como vendedora y Pedro, como comprador –ya que Juan actuó en nombre de Pedro, **en nombre ajeno**, y por lo tanto, los derechos y las obligaciones que genera la compraventa corresponden a María y a Pedro.

La representación puede ser **voluntaria** (convencional) y **legal** (art. 1259.1 del Cc). Se habla de **representación legal** cuando la ley establece obligatoriamente la representación para un supuesto determinado, y lo hace delimitando, además, el ámbito de actuación del representante. La **representación voluntaria**, al contrario, nace de la voluntad o la decisión del interesado, que es quien delimita el ámbito de actuación del representante.

El tercero

Es la persona con la que negocia el representante de manera que las consecuencias jurídicas de esta negociación recaigan sobre el representado.

Ejemplos

Algunos ejemplos de representación legal son la representación de las personas incapaces o de los menores de edad por sus padres o tutores, y la de las personas jurídicas por sus órganos.

4.6. La apariencia en el negocio jurídico. La presunción y la ficción jurídicas

La apariencia tiene un papel muy importante en derecho porque es un indicio del hecho de que una cosa puede ser real, y esto comporta, a veces, que se dé relevancia jurídica a la mera apariencia a favor de algunos intereses en juego. De hecho, sería imposible que el tráfico de bienes y servicios se desarrollara de manera fluida si no se reconociera una presunción de certeza en determinadas situaciones de apariencia. La protección de la apariencia se manifiesta en las diversas **presunciones** que se establecen en derecho.

La simple posesión de una cosa indica que, en principio, quien la posee es el propietario, y el derecho protege esta apariencia, de manera que quien quiera discutir la propiedad lo tiene que hacer por la vía judicial y no por la fuerza. Igualmente, si alguien vende bienes, aparentemente es su propietario. Si tuviéramos que exigir en cada caso la prueba de la correspondencia entre apariencia y realidad, gravaríamos el acto con un añadido de dificultades.

Una presunción es un juicio racional en virtud del cual se da por válida alguna cosa que, aunque no se sabe si ha pasado o no, parece que realmente ha ocurrido según los datos de los que disponemos. Por lo tanto, en la presunción hay racionalidad, se da por hecha una cosa racionalmente posible.

Las presunciones pueden ser de dos tipos:

- a) Las presunciones *iuris tantum*, que admiten prueba en contrario.
- b) Las presunciones *iuris et de iure*, que no admiten prueba en contrario para desvirtuarlas.

En cambio, cuando se desconoce si un hecho ha ocurrido o no y no hay indicios racionales que puedan dar certeza de él, se finge que el hecho se produjo o, si procede, que no se produjo. La falta de un juicio racional de probabilidad conduce a la **ficción**.

Ejemplo de ficción jurídica

Para el supuesto de que dos personas llamadas a sucederse recíprocamente mueran y no se pueda determinar cuál lo hizo primero, el art. 33 del Cc entiende –finge– que murieron al mismo tiempo. Hay que dar una solución a un problema, puesto que las consecuencias jurídicas serían diferentes en un caso y en el otro.

4.7. Ineficacia e invalidez del negocio jurídico

La ineficacia o invalidez del negocio jurídico significa que éste no tiene ningún efecto o que no produce todos los efectos que corresponden a su contenido.

La ineficacia se puede deber a **causas originarias**, es decir, que ya existían en el momento de realizar el negocio, o a **causas sobrevenidas**, es decir, cuando careciendo de vicios iniciales el negocio, determinados hechos ocurridos posteriormente provocan que este negocio se pueda impugnar.

En la **ineficacia originaria** del negocio jurídico, la doctrina incluye los supuestos siguientes:

1) La **inexistencia** implica que al negocio le falta alguno de sus requisitos esenciales: consentimiento, objeto o causa. En este caso, no se puede decir que el negocio haya nacido ni tampoco que haya sido viciado.

2) La **nulidad** se produce por tres causas posibles:

- porque el negocio es contrario a la ley, a la moral o al orden público;
- porque tiene una causa ilícita,
- o porque su objeto es algo que queda fuera del comercio.

3) La **anulabilidad** se produce como consecuencia de dos causas posibles:

- la falta de capacidad de obrar de un interviniente (p. ej., un negocio realizado por un menor sin la asistencia de los padres o los representantes legales), y
- la existencia de un vicio de la voluntad.

Las consecuencias de la anulabilidad

Son menores que las de la inexistencia y la nulidad y afectan sólo al interés de la parte que puede resultar perjudicada por ésta. Y por esto, el negocio anulable sólo puede ser impugnado por la parte perjudicada dentro de un plazo prescriptible –limitado– de cuatro años.

4) Con respecto a la **rescisión**, el Cc trata esta figura en el art.1290 y sigs., que recogen un conjunto de supuestos heterogéneos en los que el denominador común es el perjuicio producido por el negocio jurídico a terceras personas (acreedores, ausentes, representados en virtud de representación legal, etc.).

Los supuestos de **ineficacia sobrevenida** se pueden sistematizar en cuatro:

1) La **revocación** es permitida por el derecho en muy pocos supuestos de negocios unilaterales, es decir, creados por la voluntad de una única persona que se retracta de esta voluntad y convierte el negocio en ineficaz. Los supuestos de revocación son limitados porque pueden perjudicar los derechos de terceras personas (p. ej., la revocación del testamento).

2) La **resolución** del negocio jurídico se admite a favor de una parte cuando la otra incumple las obligaciones que le corresponden (art. 1124 del Cc) o cuando sobrevienen circunstancias que provocan que las obligaciones que ha de

La inexistencia y la nulidad

Son difíciles de distinguir. De hecho, las consecuencias son las mismas en ambos casos: no se produce ningún efecto jurídico; cualquier persona puede impugnar el negocio aunque no tenga interés en el mismo y la acción para impugnarlo no prescribe.

cumplir sean excesivamente costosas. En ambos casos, se produce una ruptura del equilibrio inicial del negocio, y por esto se permite a una de las partes impugnarlo.

Rebus sic stantibus

La cláusula sobreentendida *rebus sic stantibus* ('mientras las cosas sigan igual') la aplica la jurisprudencia en casos excepcionales para justificar, en consideración a la excesiva onerosidad sobrevenida, la resolución del negocio por una de las partes (p. ej., en situación de estado de guerra). Lo que sí que suele admitir la jurisprudencia es la **revisión** del negocio o su readecuación a las nuevas circunstancias.

3) El **desistimiento** es una facultad que se reconoce a una parte del negocio jurídico si se presenta una causa justa prevista por la ley. Estos supuestos son escasos, dado que el desistimiento significa un perjuicio para la contraparte, aunque esté justificado para la parte que desiste y por eso se permite.

El desistimiento

Por ejemplo, el art. 1594 del Cc, que faculta al dueño de la obra para desistir de construir si indemniza al contratista, y para proteger al consumidor, tanto el art. 5 de la LCFEM como el art. 44 de la LOCM para las ventas a distancia.

4) La **denuncia**, por su parte, se permite en los supuestos de negocios de duración prolongada que no tienen fijado un plazo de finalización. En estos casos, se considera que nadie puede estar obligado para toda la vida, y por esto se permite que cualquiera de las partes pueda denunciar el negocio cuando quiera. Ahora bien, con el fin de no perjudicar excesivamente a la contraparte, para que pueda mitigar los efectos perjudiciales de la denuncia (p. ej., buscar a otra persona que antes de la denuncia quiera negociar), antes de la denuncia, se tiene que hacer un **preaviso**.

El preaviso

Es un aviso hecho con anticipación para señalar la fecha en la que el negocio jurídico quedará sin efecto.

5. Las obligaciones

5.1. Concepto y elementos de la obligación

La obligación en derecho privado es la relación que hay entre dos sujetos por medio de la cual uno de ellos (el acreedor) puede exigir al otro (el deudor) una prestación determinada (dar, hacer o no hacer alguna cosa) y de cuyo cumplimiento responde éste con todo su patrimonio.

En nuestro derecho, hay un régimen de obligaciones doble: el de las **obligaciones civiles** (nacidas de negocios jurídicos civiles) y el de las **obligaciones mercantiles** (nacidas de negocios jurídicos mercantiles). El motivo de esta distinción es histórico, ya que a finales del siglo XIX se consideraba que el derecho de los comerciantes exigía reglas diferentes de las de los ciudadanos no comerciantes. Hoy en día **esta distinción no tiene sentido**. No obstante, continúa habiendo dos códigos, uno civil y otro mercantil, que regulan determinadas obligaciones paralelamente (compraventa civil y mercantil, mandato y comisión, etc.). Y esto es así aunque a menudo las soluciones son las mismas.

Obligaciones civiles / obligaciones mercantiles

Hoy en día, se considera injustificada la distinción entre obligaciones civiles y obligaciones mercantiles basada en razones históricas, ya que también los ciudadanos tienen mentalidad empresarial (especulan, invierten, etc.). De hecho, en las regulaciones modernas ya no se hace esta distinción (p. ej., contratos de seguro, contratos bursátiles, etc.).

Son elementos de la obligación los elementos **personales** (acreedor y deudor) y el elemento **objetivo** (la prestación).

Las **posiciones jurídicas de acreedor y de deudor** pueden estar encarnadas por uno o diversos sujetos. Cuando lo están por más de un sujeto, es importante determinar si todos ellos tienen que actuar unidos o si lo pueden hacer separadamente y, en cada caso, cuál puede ser el alcance de su actuación.

En este contexto, se habla de *obligaciones mancomunadas* cuando cualquiera de los sujetos que ocupa una posición jurídica sólo puede exigir (si es acreedor) o sólo tiene que satisfacer (si es deudor) la parte de la obligación que le corresponde. En cambio, se habla de *obligaciones solidarias* cuando, tratándose de acreedores solidarios, cualquiera de ellos puede exigir la satisfacción total de la obligación o cuando, tratándose de deudores solidarios, el acreedor puede exigir a cualquiera de ellos que cumpla íntegramente la obligación. Ahora bien, cuando un acreedor solidario exige el cumplimiento total de la obliga-

ción, después tendrá que repartir a los otros la parte respectiva, y si un deudor solidario paga el total de la obligación, podrá después –reclamar– al resto de deudores solidarios la parte respectiva de cada uno. En caso de que un deudor solidario sea insolvente, el resto de deudores (art. 1145.3 del Cc) soportará esta insolvencia, mientras que si un deudor mancomunado es insolvente, la insolvencia la tendrá que soportar el acreedor, ya que no repercutirá en los otros deudores (art. 1139 del Cc).

Solidaridad de deudores

La solidaridad de deudores es más beneficiosa para el acreedor que la mancomunidad, porque se puede dirigir contra cualquier deudor por el total de la deuda en lugar de dirigirse a cada uno por su parte. De esta manera, se evita tener que hacer diversas reclamaciones porque se puede dirigir, por ejemplo, contra el deudor más solvente.

Supongamos que A, B y C son tres deudores mancomunados que deben 6.000 euros a D. Si B resulta insolvente, D cobrará 2.000 euros de A y 2.000 euros de C y soportará el hecho de que la obligación no se pueda cumplir íntegramente. Al contrario, si fueran deudores solidarios, D reclamaría los 6.000 euros a A o a C, y el que pagara de los dos podría reclamar al otro 3.000 euros.

El Código civil, con el fin de beneficiar al deudor, establece en su art. 1137 la regla de que **las obligaciones no son solidarias a menos que se pacte así expresamente**. Sin embargo, la jurisprudencia ha deducido que hay pacto de solidaridad en determinados supuestos sin que se haya estipulado expresamente por la conducta de las partes y para favorecer al acreedor. El Código de comercio no establece nada al respecto, pero la doctrina deduce la **regla de la solidaridad**, ya que, en los diversos supuestos de **pluralidad de deudores** (transporte combinado, socios colectivos, firmantes en una letra de cambio, etc.), éstos se consideran obligados solidarios.

Por lo que respecta al **cambio de los sujetos**, nada impide que éstos varíen a lo largo de la vida de la obligación. En general, se considera que, sea quien sea el acreedor, esto no afecta al deudor, por lo que el cambio de acreedor – figura que se conoce como *cesión de crédito*– no necesita el consentimiento del deudor (aunque sea conveniente comunicarlo para que pague a la persona adecuada). Al contrario, sí que importa al acreedor un cambio del deudor, ya que, al responder éste con todo su patrimonio, el del segundo deudor puede ser muy diferente del del primero; por esto, el cambio de deudor requiere el consentimiento del acreedor (art. 1205 del Cc).

La cesión de crédito

En la cesión de crédito, el acreedor primitivo responde ante un nuevo acreedor del hecho de que el crédito existe y de que es válido, pero no de la solvencia del deudor, es decir, no se hace responsable de que el deudor pague la deuda (art. 1529 del Cc y 348 del Ccom).

El elemento objetivo de la obligación es la **prestación**, lo que el acreedor puede exigir al deudor. Las obligaciones pueden tener tres tipos de prestaciones: dar, hacer o no hacer alguna cosa (art. 1088 del Cc). Y toda prestación, como cualquier objeto de un negocio jurídico, tiene que ser lícita, posible y determinada.

5.2. Fuentes de las obligaciones

5.2.1. En general

De acuerdo con el art. 1089 del Cc, "las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia".

Las obligaciones que nacen por ley nunca se presumen; sólo son exigibles las determinadas expresamente en el Código civil o en otras leyes.

Por lo que respecta a los **cuasicontratos**, éstos se definen como los hechos lícitos y puramente voluntarios de los que resulta obligado su autor hacia un tercero y, a veces, como una obligación recíproca entre los interesados (art. 1887 del Cc). El Código civil regula dos supuestos de cuasicontratos:

1) La **gestión de negocios ajenos**. El que se encarga voluntariamente de la agencia o la administración de los negocios de otro, sin mandato de éste, está obligado a continuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, o a requerir al interesado para que lo sustituya en la gestión si se encuentra en estado de poder hacerlo por sí mismo (art. 1888 del Cc).

2) El **cobro de lo indebido**. Cuando se recibe alguna cosa que no se tenía derecho a cobrar y que ha sido entregada indebidamente por error, surge la obligación de restituirla (art. 1895 del Cc; en los artículos siguientes, se regula el régimen de la devolución).

La característica principal del cuasicontrato es que nacen obligaciones sin un acuerdo previo entre las partes.

Obligaciones naturales

Además de las fuentes citadas en el art. 1089 del Cc, determinados hechos pueden dar lugar al nacimiento de una obligación sin necesidad de aceptación por la otra parte, como ocurre en los casos de **promesa pública de recompensa** (p. ej., ofrecer dinero a quien encuentre un perro extraviado, concursos radiofónicos, etc.) o de las llamadas *obligaciones naturales*, también denominadas *morales* porque no son jurídicamente exigibles. Una vez hecha la atribución patrimonial en la que consisten, no se puede reclamar su devolución.

La ratificación

La ratificación por parte del amo del negocio produce los mismos efectos que el mandato expreso, y lo mismo ocurre cuando, sin ratificarlo, aprovecha las ventajas de la gestión (art. 1893 del Cc).

La obligación natural

Las deudas de juego constituyen el supuesto típico de obligación natural, ya que la ley no prevé ninguna acción para reclamar el pago de aquello que se gane en un juego de suerte o azar –prohibido (art. 1798 Cc).

5.2.2. El contrato. La tipicidad contractual

En la categoría del negocio jurídico, el contrato ocupa un lugar muy destacado. El contrato se caracteriza por el acuerdo voluntario de dos partes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica. El art. 1254 del Cc establece que "el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio". Del acuerdo de voluntades en que consiste un contrato, pueden surgir derechos reales y derechos personales.

Acuerdo de voluntades

El acuerdo de voluntades diferencia el contrato de otros negocios jurídicos en los que aparece una única declaración de voluntad (p. ej., el testamento).

Lo que caracteriza al contrato y le da individualidad dentro de los negocios jurídicos es su patrimonialidad.

Patrimonialidad

La patrimonialidad diferencia el contrato de otros negocios jurídicos que tienen como objeto relaciones jurídicas familiares o personales no patrimoniales (p. ej., el matrimonio), si bien en las relaciones de derecho de familia hay figuras contractuales (p. ej., capitulaciones matrimoniales, convenio regulador, etc.).

El nacimiento del contrato se llama *perfección*. El contrato se perfecciona, nace, cuando obliga a las partes a cumplir lo que han pactado. En nuestro derecho, la mayor parte de los contratos se perfeccionan con el consentimiento. El tiempo durante el cual el contrato se cumple se denomina *ejecución*. Y el momento en el que todas las prestaciones pactadas se han cumplido (han sido realizadas) se llama *consumación* del contrato.

Ahora bien, antes de que nazca el contrato, suele haber un período de tiempo en el que las partes, mediante conversaciones, ajustan sus pretensiones respectivas. Dentro de este período, la doctrina distingue diversas situaciones jurídicas: los **tratos preliminares**, en los que las partes toman contacto y discuten posibles condiciones del pacto sin que ninguna de ellas adopte una posición firme ni se obligue, y la **oferta**, que normalmente sigue a los tratos preliminares y en la que una de las partes establece una serie de condiciones fijas dentro de las que estaría dispuesta a pactar con la otra y que vincula a la parte que la hace. La oferta se puede revocar hasta que la otra parte la acepte. La oferta manifiesta el contrato; en el caso de hacer una contraoferta, la parte que hizo la primera oferta será quien la tenga que aceptar con el fin de llegar a un acuerdo, y así sucesivamente.

En algunos supuestos de ruptura injustificada o repentina de los tratos preliminares o de revocación de la oferta, la doctrina considera que, si ha habido mala fe por parte de quien ha roto los tratos o ha retirado la oferta, podría generarse una responsabilidad hacia la otra parte por las "expectativas creadas".

El precontrato

Es un acuerdo de voluntades dentro del período de formación del contrato por el que las partes se obligan a contratar en el futuro. Parte de la doctrina considera que se trata de

un contrato perfecto cuya ejecución se aplaza a un momento posterior (de manera que su incumplimiento originaría responsabilidad).

De la misma manera que el Código civil establece en el art. 3 las reglas de interpretación de las normas, también las establece para los contratos en el art. 1281 y sigs.

La regla básica en la interpretación de los contratos civiles es la de **averiguar la voluntad de las partes** y hacer que ésta prevalezca cuando los términos literales con los que los contratantes se expresaron no sean los adecuados (art. 1281 del Cc). Otras reglas siguen los criterios clásicos de interpretación: histórica (art. 1282 del Cc), sistemática (art. 1285 del Cc) y teleológica (del mismo art. 1281 del Cc); si bien se puede destacar la formulación del **principio de conservación del contrato** en el art. 1284 del Cc: "Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto." Y también la de la **interpretación de la oscuridad en contra de quien la originó** en el art. 1288 del Cc: "La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad."

En la realidad social determinados contratos han nacido sin una norma que los haya previsto pero con la finalidad de servir a la voluntad de las partes.

Por esto, distinguimos entre el *contrato típico*, que es un contrato previsto por normas objetivas que lo regulan (p. ej., compraventa, mandato, sociedad...), y el *contrato atípico*, que es un contrato que no está regulado por una norma legal y cuya existencia es posible al amparo del principio de autonomía de la voluntad consagrado por nuestro ordenamiento jurídico.

5.2.3. La responsabilidad por hecho ilícito (responsabilidad extracontractual)

La responsabilidad extracontractual es la obligación de reparar un daño causado como consecuencia de un hecho ilícito.

A diferencia de la responsabilidad contractual, el daño no se genera por incumplir una obligación derivada de un negocio jurídico anterior realizado entre el causante del daño y quien lo sufre. El daño extracontractual es un daño derivado de un hecho ilícito por el mero hecho de haberse producido.

La doctrina y la jurisprudencia han sistematizado los requisitos que se tienen que presentar para que haya responsabilidad extracontractual:

Manifestaciones del principio de conservación del contrato

Son la ratificación del negocio anulable o de la gestión de negocios ajenos.

El art. 1902 del Cc

De acuerdo con el art. 1902 del Cc, "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

1) **Supuestos objetivos:** una acción u omisión del agente (voluntaria o involuntaria); la producción de un daño, real y demostrado, y que el acto (acción u omisión) sea antijurídico –contrario al derecho.

2) **Supuesto causal:** tiene que haber una relación directa de causalidad (causa/efecto) entre el acto del agente y el daño producido.

3) **Supuesto subjetivo:** tiene que haber dolo¹ o culpa por parte del agente. El dolo es una actuación dirigida directamente a obtener el resultado dañino, y la culpa es una falta de la diligencia –cuidado, previsión– requerida, una negligencia. Por lo tanto, si el agente actúa con diligencia, en principio no será responsable de los daños derivados de su actuación.

⁽¹⁾Intencionalidad

El requisito o supuesto subjetivo se tiende a matizar cada vez más: se hace responsable quien causa un daño con su actuación, independientemente de que haya obrado sin dolo ni culpa. Se trata de la llamada *responsabilidad objetiva*; se responde por el daño objetivo que causa el agente al margen de la intencionalidad del acto. Sin embargo, el sistema continúa siendo de responsabilidad subjetiva, pero las excepciones son cada vez más numerosas. El motivo radica en la falta de control del daño que genera la actividad del hombre en una economía desarrollada. Y por esto, a veces determinados empresarios y posibles causantes del daño están obligados a suscribir un seguro de responsabilidad civil obligatorio (p. ej., el del automóvil).

Responsabilidad objetiva

Son ejemplos de responsabilidad objetiva la derivada por accidentes de caza, de circulación y nucleares. También es objetiva la responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDC).

A veces, la jurisprudencia, respetando la exigencia de que la conducta sea culpable, *ha invertido la carga de la prueba*, exigiendo al causante del daño que pruebe que actuó diligentemente.

Hay que señalar también que la responsabilidad extracontractual afecta no sólo a los causantes del daño, sino también a determinadas personas que responden por los actos de los que han causado el daño.

En este sentido, el art. 1903 del Cc señala lo siguiente:

La carga de la prueba

En principio, la prueba de la culpa correspondería al perjudicado, que es quien reclama una indemnización por los daños que se le han causado.

"La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. [...]

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño."

Se trata, como podemos apreciar, de extender la responsabilidad a determinados sujetos por la diligencia que éstos han de tener a la hora de atender (padre, tutor) o escoger (empresario, titulares de centros de enseñanza) a las personas que dependen de ellos.

5.3. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. La responsabilidad patrimonial universal

Para que se considere que el deudor ha cumplido la prestación a la que está obligado, la doctrina exige que haya tres requisitos: **identidad** (que se entregue o se haga lo que se ha pactado, no otra cosa diferente), **integridad** (*cumplimiento* significa sólo 'cumplir íntegramente' la prestación) y **indivisibilidad** (el acreedor tiene derecho a exigir que la prestación se haga completamente en un único acto y no se le puede exigir que reciba parcialmente las prestaciones en las que consiste la obligación –art. 1169 del Cc–).

Integridad

En el caso de la entrega de títulos valor (letras de cambio, pagarés, cheques...), la obligación se cumplirá íntegramente con el cobro: no basta con entregar el título valor (art. 1170.2 y 1170.3 del Cc).

La obligación puede tener un **plazo** de cumplimiento, es decir, un momento fijado por las partes para que aquélla sea exigible, que será cuando se tenga que cumplir. Si no se ha fijado ningún plazo, el momento de exigibilidad lo determina la ley. En este sentido, el Código civil determina que las obligaciones civiles son exigibles desde el mismo momento en el que se contraen (art. 1113 del Cc); el Código de comercio (art. 62 del Ccom), en cambio, establece que serán exigibles:

- al cabo de diez días de contraerse si comportan una acción ordinaria (obligaciones cuyo incumplimiento da derecho a la otra parte a reclamar al órgano jurisdiccional que reconozca el derecho y, si procede, que condene a la parte incumplidora a pagar una cantidad, pero no a hacer los actos necesarios para el pago),
- o al día siguiente si comportan una ejecución (obligaciones cuyo incumplimiento por una parte da derecho a la otra a reclamar al órgano judicial

que haga todas las actuaciones necesarias para que la parte incumplidora efectúe el pago).

A su vez, la obligación se tiene que cumplir en el lugar pactado, y si las partes no han establecido nada, el art. 1171 del Cc dispone que "tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación. En cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor."

En derecho, el retraso en el cumplimiento de la obligación se llama *mora*. La mora no es un incumplimiento, sino un cumplimiento retardado. Y por esto, cuando la obligación no se cumple, ni siquiera fuera de plazo, ya no estamos ante un supuesto de mora, sino ante un incumplimiento de la obligación.

Ahora bien, si el plazo acordado por las partes tiene carácter esencial, el retraso en el cumplimiento no dará lugar a la mora, sino al incumplimiento (p. ej., se acuerda la entrega de un vestido de boda para el día antes de la celebración y se entrega un día después). Normalmente el cumplimiento retardado satisface, al menos en parte, al acreedor, pero si hay un plazo fijado como esencial, el cumplimiento retardado no satisface en absoluto el interés de aquél.

Para que se desplieguen jurídicamente los efectos que el derecho atribuye a la mora, se tienen que cumplir otros supuestos, además del retraso en el cumplimiento de la obligación: este retraso tiene que ser imputable al deudor (consecuencia del dolo o la culpa del deudor), la obligación tiene que ser exigible (tiene que haber vencido el plazo) y el acreedor tiene que reclamar al deudor que cumpla la obligación.

Esta reclamación del acreedor al deudor se llama *interpelación* y, para las obligaciones civiles, se puede hacer judicial o extrajudicialmente (por carta, oralmente, etc.), aunque no será necesaria cuando la obligación o la ley así lo declaren expresamente y cuando la designación del momento del cumplimiento sea motivo determinante para establecer la obligación (art. 1100 del Cc). En las obligaciones mercantiles, sin embargo, no se necesita la interpelación para que la morosidad se produzca, y lo hace al día siguiente del día señalado para su cumplimiento si se ha determinado este señalamiento, que puede resultar del acuerdo de las partes o de una norma legal; en las obligaciones que no lo tengan, desde el día que el acreedor interpele judicialmente al deudor o lo requiera notarialmente para que pague (art. 63 del Ccom).

Cuando el deudor incurre en mora, el acreedor puede reclamar, además de que se cumpla la obligación, que se lo indemnice por los daños y perjuicios que el retraso le haya ocasionado. Ahora bien, el acreedor tendrá que probar estos daños, ya que el retraso por sí mismo no tiene por qué causarlos.

El incumplimiento de la obligación implica la no ejecución de la prestación de manera definitiva, sea porque el deudor no está dispuesto a cumplir, sea porque el cumplimiento es objetivamente imposible. Y en derecho, las consecuencias en un caso u otro son diferentes.

Cuando el incumplimiento se debe a dolo o culpa del deudor, el acreedor puede optar entre pedir el cumplimiento o resolver la obligación, y en ambos casos además, puede reclamar la indemnización por daños y perjuicios.

Si el acreedor opta por cumplir y el deudor se niega a ello, aquél podrá pedir por la vía judicial que el juez condene al deudor a cumplir (cumplimiento forzoso de la obligación). Este cumplimiento significa la ejecución de la prestación tal como fue pactada, y por esto se denomina *cumplimiento en forma específica*. Ahora bien, puede resultar que el cumplimiento específico sea imposible (p. ej., porque se haya perdido el bien específico objeto de la obligación); entonces habrá que acudir al llamado *cumplimiento por equivalente*, que es una indemnización que el deudor tendrá que satisfacer al acreedor en sustitución de la prestación imposible.

El cumplimiento por equivalente es subsidiario del cumplimiento específico; por lo tanto, sólo procede cuándo éste es imposible. Si el acreedor opta por hacer que **se resuelva** la obligación, ésta deja de existir y las prestaciones que se hayan producido se tendrán que devolver. En ambos supuestos, el acreedor podrá reclamar –probándolos– los daños y perjuicios que se le hayan causado. Los daños y perjuicios comprenden el **daño emergente**, que es el daño efectivamente causado, y el **lucro cesante**, que es la ganancia que se ha dejado de obtener como consecuencia del daño sufrido (art. 1106 del Cc).

Daño emergente

Si A compra en enero una máquina de hacer helados para su fábrica de helados, después suscribe un contrato de venta de muchos litros de helado que se tendrán que entregar en junio y, finalmente, la máquina no es entregada, A sufrirá un daño emergente (p. ej., las cantidades que se tienen que pagar por incumplir el contrato de venta de helado) y un lucro cesante (el precio del helado que habría vendido).

Se habla de *caso fortuito* y de *fuerza mayor* para referirse a aquellos supuestos en los que el incumplimiento sobreviene por causas extrañas a la voluntad del deudor, causas que las partes no pudieron prever ni evitar. Como el incumplimiento no es imputable al deudor, éste no tiene que responder de él y, por lo

tanto, no se aplican las reglas del cumplimiento específico o por equivalente, ni tampoco tiene que indemnizar al acreedor por los daños y perjuicios causados.

Caso fortuito

Si un transportista con un cargamento de manzanas llega con tal retraso que éstas se han podrido y el retraso se ha producido por un corte imprevisto en las carreteras de acceso a la ciudad de destino como consecuencia de una protesta, el incumplimiento se debe a un caso fortuito. Si el corte se hubiera anunciado, entonces no habrá caso fortuito, porque se podría haber previsto el hecho y se podría haber actuado en consecuencia (no suscribiendo el contrato de transporte, por ejemplo).

Para asegurar que las obligaciones se cumplen, el ordenamiento establece una serie de medidas que facilitan su satisfacción. De éstas, la principal es la **responsabilidad patrimonial universal**, es decir, todo el patrimonio del deudor, tanto presente como futuro, se sujeta al cumplimiento de sus obligaciones.

Principio de responsabilidad

El principio de responsabilidad patrimonial universal se formula en el art. 1911 del Código civil, que dice que "del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros".

Si el deudor no cumple con la obligación, el acreedor la puede ejecutar disponiendo, a este efecto, de todo el conjunto de bienes y derechos presentes y futuros del deudor. Claro está que la mayor o menor efectividad de esta garantía dependerá de la cuantía del patrimonio del deudor; por esto, si éste es escaso, el principio de responsabilidad patrimonial universal le proporcionará poca seguridad.

5.4. Procedimientos de ejecución colectiva. El concurso de acreedores

Cuando un deudor tiene deudas frente a diversos acreedores que pueden cobrar al mismo tiempo, hay el peligro de que los más precavidos (de alguna manera, los más desconsiderados con el deudor) cobren con prontitud sus créditos de manera que el patrimonio del deudor disminuya y el resto de acreedores (más considerados, o quizás menos informados) queden perjudicados porque no hay suficientes bienes ni derechos para satisfacer sus créditos. Y por esto, tanto el deudor como los acreedores pueden solicitar que se abra un procedimiento judicial que tiene como efecto principal que todos los créditos del deudor se satisfacen al mismo tiempo y conjuntamente. De esta manera, la mayor parte de los acreedores se sujetan a las mismas condiciones y se evita que la rapidez de unos perjudique a los otros. Esta igualdad en la sujeción de todos los acreedores a un único procedimiento para exigir sus créditos es denominada por la doctrina *par condicio creditorum* ('igualdad de condición en los acreedores').

Estos procedimientos se llaman *de ejecución colectiva* o *universal*. Son de ejecución colectiva porque los acreedores actúan conjuntamente ante el deudor, y son de ejecución universal porque no intentan vender unos bienes determinados para cobrar sus créditos, sino liquidar todo el patrimonio del deudor.

Hasta el año 2004, en nuestro ordenamiento había una dualidad de procedimientos. Se distinguía si el deudor era un **no comerciante** –en este caso el procedimiento aplicable era el **concurso**, regulado en el art. 1912 y sigs. del Cc y el art. 1130 y sigs. de la LEC– o un **comerciante** –en cuyo caso, el procedimiento aplicable era la **quiebra**, regulada en el art. 870 y sigs. del Ccom, el art. 1318 y sigs. de la LEC y el art. 1001 y sigs. del Ccom de 1829. La quiebra era un procedimiento más riguroso para el deudor, porque se consideraba que el comerciante, además de tener un deber de diligencia más elevado, causaba más daños al tráfico económico con su insolvencia que un no comerciante. Con el fin de evitar el concurso o la quiebra, el deudor podía suscribir un convenio con sus acreedores, que también requería tramitación judicial, llamado *quita y espera* cuando se trataba de un deudor no comerciante y *suspensión de pagos* cuando se trataba de un deudor comerciante (regulada por la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922).

La Ley Orgánica 8/2003

Regula dos cuestiones que son materia de ley orgánica: limitación de los derechos fundamentales del concursado y creación de los juzgados de lo mercantil, modificando la LOPJ.

Con la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, el derecho concursal se ha modificado profundamente. Esta normativa, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004, deroga la vieja regulación de la quiebra y la suspensión de pagos e instaura un procedimiento único para satisfacer a los diversos acreedores de un único deudor insolvente.

Las reformas principales que introduce la nueva regulación concursal son:

- 1) la **unidad de disciplina**, que significa que hay un procedimiento concursal único, independientemente de que el deudor sea comerciante o no;
- 2) la **unidad legal**, en el sentido de que la regulación de los aspectos sustantivos y procesales se lleva a cabo en un texto legal único;
- 3) la **unidad jurisdiccional**, ya que se atribuye la competencia para conocer los procedimientos concursales a los nuevos juzgados mercantiles, creados por la Ley Orgánica 8/2003, antes mencionada; y
- 4) la **unidad de procedimiento**, dado que el ordenamiento concursal actual es apto, según el tipo de insolvencia del deudor, tanto para llegar a un convenio entre éste y sus acreedores como para proceder a liquidar el patrimonio del deudor.

El Decreto Ley 3/2009 introduce una importante reforma de la Ley concursal, mejorando algunos aspectos que habían resultado problemáticos, e introduciendo algunas instituciones que la crisis hacía parecer necesarias (tramitación del convenio por escrito, liquidación anticipada, no rescisión de ciertas refinanciaciones, etc.). Posteriormente, la ley de Implantación de la Nueva Oficina Judicial, de 3 de noviembre del 2009, también ha modificado, pero con

un alcance mucho menor, varios preceptos. La última reforma relevante se ha llevado a cabo por la Ley 38/2011, que ha modificado el procedimiento con la regulación de los concursos conexos y de los acuerdos de refinanciación; el paso a la administración concursal unipersonal como regla general; la supresión de la liquidación anticipada y la posibilidad de petición y apertura de la liquidación en cualquier momento; etc.

La declaración de concurso es procedente para cualquier deudor, sea persona natural o jurídica, comerciante o no comerciante, por haberlo solicitado él mismo o alguno o algunos de sus acreedores –en este último caso, se da audiencia al deudor. Si el deudor es una persona jurídica, se podrán embargar los bienes de sus administradores y liquidadores, cuando en ellos haya indicios de culpabilidad y no haya suficientes bienes de la persona jurídica para satisfacer los créditos de los acreedores.

Masa del concurso

En derecho concursal, se denomina *masa del concurso* tanto al conjunto de bienes y derechos del deudor (**masa activa, activo**) como al conjunto de deudas, o si se prefiere, de acreedores (**masa pasiva, pasivo**). En un procedimiento concursal, es fundamental determinar el activo y el pasivo del deudor.

El juez hace esta declaración de concurso por medio de un auto (un tipo de resolución judicial) en el que nombra a la Administración concursal. Esta normalmente se integra por una sola persona, y para los concursos de especial complejidad se nombra un segundo administrador, que sea un acreedor relevante.

El administrador concursal ha de ser abogado en ejercicio, con experiencia de al menos 5 años, que haya acreditado formación especializada en derecho concursal; o bien economista, auditor de cuentas o titulado mercantil, con experiencia de al menos 5 años, con especialización demostrable en el ámbito concursal. También puede designarse a una persona jurídica en la que se integren, al menos, un abogado y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de la Administración concursal. El administrador concursal debe acreditar que ha suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente.

Si el concurso ha sido solicitado por los acreedores (concurso necesario), por regla general, las facultades de administración del deudor se suspenden y pasan a ejercitarlas la administración concursal. En cambio, cuando el concurso es solicitado por el deudor (concurso voluntario), éste mantiene la administración de sus bienes, aunque tiene que contar con la aprobación de la administración concursal en su ejercicio. En ambos casos, como principio, la actividad empresarial del deudor continúa bajo los regímenes de sustitución o de intervención señalados.

En el sector financiero (banca, bolsa y seguros)

Existe un especial interés por impedir que una entidad caiga en situación de insolvencia, dado que los clientes perderían credibilidad en el sistema y podrían dejar de ahorrar o invertir, con las peligrosas consecuencias que ello conlleva. De ahí que existan normas especiales, "paralelas" a las concursales, que constituyen el llamado "**derecho paraconcursal**".

El control de estas entidades se centra en dos aspectos:

a) control de solvencia: se les exige unos recursos mínimos iniciales, unos coeficientes de solvencia durante toda su actividad; la obligación de llevar contabilidad, de auditarla y de hacerla pública es más exigente, etc., e

b) intervención en los casos de crisis: si, pese al control mencionado, la entidad está en crisis, el Estado puede intervenir la empresa antes de que la situación sea más crítica, sustituyendo a los gestores y tomando las medidas de saneamiento oportunas.

Estas medidas están recogidas, básicamente, en la Ley de Saneamiento y Liquidación de las Entidades de Crédito (2005), la Ley de Mercado de Valores (1988), para empresas de servicios de inversión, y la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (texto refundido del 2004) para las entidades de seguros.

El concurso voluntario puede tener por finalidad "obligar" a los acreedores a llegar a un acuerdo, para evitar más ejecuciones, o hacer "un alto en el camino" para estudiar el modo de superar una situación de crisis, etc.

Por lo que respecta a los efectos del concurso sobre los acreedores, éstos no podrán iniciar nuevos juicios declarativos (dirigidos a reconocer un derecho o a obtener una condena del deudor para que pague), y los ya iniciados continuarán hasta la sentencia. Los acreedores con garantía real continúan con esta garantía, pero si se tratara de bienes afectos a la actividad empresarial, la ejecución de la garantía quedaría en suspenso hasta que se aprobara el convenio o transcurriera un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la liquidación. Los administradores concursales (o el concursado), en el supuesto de que haya contratos pendientes de ejecución, también tienen la facultad de decidir entre cumplir la obligación pendiente a cargo de la masa o resolver el contrato.

Tiempo prudencial

Se trata de conceder un tiempo prudencial a los administradores del concurso para que puedan decidir lo que es más conveniente para que se conserve el patrimonio que administran. Y además, los propios administradores podrán pagar al acreedor su crédito por completo, liberando así al bien de esta carga.

La regla de la *par condicio creditorum* no se aplica de manera taxativa. Hay acreedores que cobran antes que otros, ya que los créditos se gradúan a partir de criterios que determinan un orden de preferencia para el pago dentro del procedimiento. El art. 89 de la Ley Concursal (LC) establece lo siguiente:

"1. Los créditos incluidos en la lista de acreedores se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados. 2. Los créditos privilegiados se clasificarán, a su vez, en créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos, y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor. No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley. 3. Se entenderán clasificados como créditos ordinarios aquellos que no se encuentren calificados en esta Ley como privilegiados ni como subordinados."

Los créditos con privilegio especial se cobran específicamente a cargo de los bienes y los derechos afectos; los créditos con privilegio general se satisfacen antes que los ordinarios y por el orden que establece la LC; finalmente, los créditos subordinados se satisfacen con el remanente que quede después de pagar los créditos privilegiados y ordinarios. La clasificación de determinados créditos como *subordinados* responde a criterios muy diversos (créditos por intereses, créditos de los parientes del deudor persona física o créditos de los socios relevantes del deudor persona jurídica, etc.).

En el proceso concursal, una vez declarado el concurso, intervenida la actividad del deudor y paralizadas las posibles ejecuciones contra su patrimonio, se determina cuál es la situación de la empresa para poder decidir qué solución tomar. De ahí que, después de la fase de declaración, se tramita la "fase común" para todos los concursos, en la que se determinan los bienes (masa activa) y las deudas (masa pasiva) que hay. Tras esta fase común, sabiendo ya la situación del patrimonio, el deudor y los acreedores pueden decidir si intentan un convenio o si van a la liquidación. De este modo, tras la fase común se abre la

fase de convenio o la de liquidación. Se abre la fase de convenio si el deudor o los acreedores presentan una propuesta de convenio y si el deudor no pide la liquidación o si nadie dice nada –el juez entonces abre de oficio la fase de convenio para que se presenten propuestas. No procede abrir esta fase si el deudor pide la liquidación (lo puede hacer ya desde un principio, incluso con la solicitud de concurso).

La LC limita los posibles contenidos del convenio y así:

- Respecto a los créditos ordinarios, las proposiciones de quita (perdón de la deuda) no podrán exceder la mitad del importe de cada uno de ellos ni las de espera (aplazamiento del pago) pueden exceder los cinco años (parece que, respecto a los subordinados, sí puede superar esos límites).
- No cabe proponer cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago ni cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado.
- No cabe alterar la graduación de los créditos.

Aparte de estas prohibiciones, el legislador "apunta" posibles contenidos; así, se pueden realizar propuestas alternativas (una solución A y, si no parece adecuada, una solución B), y puede haber proposiciones de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales.

Si el convenio se cumple (el deudor acaba pagando lo acordado en los plazos establecidos, por ejemplo), el juez dicta finalmente auto de conclusión del concurso. Si el convenio se incumple, cualquier acreedor puede pedir la declaración judicial de incumplimiento, que dará lugar a la apertura de la fase de liquidación.

En la fase de liquidación los administradores deben presentar un plan de realización de bienes que se pone de manifiesto al deudor, a los acreedores y a los trabajadores para que aleguen lo que crean conveniente. Como regla general se intentará la realización (liquidación) unitaria del conjunto de establecimientos o unidades productivas, para evitar que la venta de bienes de forma aislada suponga una depreciación del valor conjunto y la pérdida del valor del fondo de comercio. En esta fase se da preferencia a las ofertas que propongan la continuación de la actividad empresarial (por ejemplo, un empresario del mismo sector que el concursado, que adquiera la empresa entera para continuar la actividad con productos de sus propias marcas). El pago de los créditos se realizará de acuerdo con su graduación, conforme a las reglas que se han señalado.

La evolución de la crisis económica global y su impacto en la economía española han hecho necesaria una rápida reacción legislativa para adecuar a la nueva situación algunas de las normas que inciden directamente sobre la ac-

tividad empresarial. En este contexto, el Real decreto-ley de 27 de marzo de 2009, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica y la Ley 38/2011 han llevado a cabo una serie de reformas en la Ley concursal con el propósito de facilitar la refinanciación de las empresas que estén atravesando dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, de agilizar los trámites procesales, de reducir los costes de la tramitación y de mejorar la posición jurídica de los trabajadores de las empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos.

De este modo, ciertas refinanciaciones pactadas con el deudor no se podrán rescindir si luego este cae en concurso (aunque se pudiera demostrar que han sido perjudiciales). Para ello, estas refinanciaciones deben cumplir una serie de requisitos que impone la LC (art. 71.6 LCon).

5.5. Extinción de las obligaciones

El art. 1156 del Cc establece seis causas de extinción de las obligaciones.

"Las obligaciones se extinguen: por el pago o cumplimiento, por la pérdida de la cosa debida, por la condonación de la deuda, por la confusión de los derechos de acreedor y deudor, por la compensación y por la novación."

La primera causa de extinción, el **pago o cumplimiento**, ya ha sido tratada en el subapartado 5.3, al que nos remitimos.

La segunda causa de extinción es la **pérdida de la cosa debida**, que como ya sabemos, provoca la imposibilidad de cumplir la obligación porque no se puede hacer la prestación debida. La pérdida se tiene que deber a un caso fortuito o de fuerza mayor; de lo contrario, la culpa o dolo del deudor lo obligará a responder según las reglas del incumplimiento. Ahora bien, el art. 1182 del Cc, que desarrolla esta causa extintiva, establece lo siguiente: "Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora"; es decir, la concreta para las obligaciones específicas, pero no para las genéricas o fungibles, lo que ha conducido a la doctrina a sostener que en nuestro sistema jurídico continúa perviviendo la vieja regla del *genus nunquam perit* ('el género no desaparece nunca') y que, por lo tanto, si la cosa perdida es genérica, la obligación no se extinguirá, dado que la prestación se podrá hacer con bienes del mismo género.

Ejemplo

Imaginemos que A, un almacenista y distribuidor de grano, se compromete con B a venderle 50 kg de trigo. A puede especificar la obligación separando estos 50 kg del resto de grano. Si no lo ha especificado (no ha hecho esta separación) y un incendio destruye su almacén, continuará obligado a entregar los 50 kg de trigo a B, ya que como la cosa no está determinada, el ordenamiento entiende que no se ha perdido. Si, en cambio, especifica la obligación, en caso de incendio se habrá extinguido por pérdida de la cosa. La regla del *genus nunquam perit* ha sido muy criticada por la doctrina, porque aplicarla puede provocar situaciones injustas.

Procedimiento abreviado

La LC prevé que el juez pueda aplicar el procedimiento abreviado (más sencillo y con plazos más cortos) en los concursos más sencillos (menos de cincuenta acreedores, pasivo inferior a cinco millones de euros y valoración de los bienes y derechos inferior a cinco millones de euros).

La tercera causa de extinción es la **condonación de la deuda**, es decir, el perdón de ésta por parte del acreedor. Este perdón puede ser expreso o tácito (p. ej., si el acreedor entrega voluntariamente al deudor el documento privado justificativo de un crédito –art. 1188 del Cc–).

La cuarta causa de extinción es la **confusión de derechos**, que ocurre cuando en una misma persona se reúnen la condición de deudor y la de acreedor (p. ej., el deudor sucede por herencia al acreedor).

La quinta causa de extinción de las obligaciones es la **compensación**, que se produce cuando dos personas son recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra. Los créditos de ambas se extinguen en la parte concurrente (p. ej., A debe a B 500 euros por la compra de una mesa y B debe a A 1.000 euros por un préstamo que A le hizo. Las obligaciones se compensan y resulta una única deuda de 500 euros a favor de A).

Las condiciones para que proceda la compensación, las establece el Código civil en su art. 1196, cuando afirma lo siguiente:

"Para que proceda la compensación, es preciso: 1. Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro. 2. Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado. 3. Que las dos deudas estén vencidas. 4. Que sean líquidas y exigibles. 5. Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor."

Por último, el Código civil se refiere a la **novación** como causa extintiva de las obligaciones, que comporta un acuerdo entre las partes por el que se extingue la obligación convenida anteriormente y se sustituye por otra nueva (que sustituye a la anterior o hace de ella una novación). Además de la novación extintiva, se admite la novación modificativa, que en lugar de extinguir una obligación anterior, simplemente modifica elementos de ésta (p. ej., A y B acuerdan expresamente extinguir la obligación de pago de 50 euros que A tiene hacia B y sustituirla por la obligación de A de lavar el coche de B).

6. Tipología de contratos

En nuestro derecho existe una regulación civil y otra mercantil de los contratos. Las razones son puramente históricas: la mentalidad del sujeto privado del siglo XIX (de subsistencia) era contrapuesta a la del comerciante (ánimo de lucro). Hoy en día esta duplicidad no tiene sentido dado que la idea de lucro se ha generalizado. De hecho, las leyes modernas de contratos suelen regular figuras concretas sin distinguir si son civiles o mercantiles (contrato de seguro, contratos del mercado de valores, contrato de transporte, etc.). También el derecho privado comunitario proyectado, que se traduce por ahora en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) y en la “Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea”, propone una regulación única de los distintos contratos.

A continuación trataremos algunos de los contratos que más comúnmente se celebran en la práctica.

6.1. La compraventa

6.1.1. Concepto

La compraventa es aquel contrato por el cual una de las partes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro se obliga a pagar por esta cosa un precio cierto a cambio de la misma.

Polémica doctrinal

El Código de comercio considera la compraventa mercantil como aquella en la que el comprador es un mediador entre el fabricante y el consumidor que espera obtener un lucro por la diferencia entre el precio que compra y el que vende. No importa que el bien que compra lo transforme en otra forma distinta a efectos de revenderlo. Existe una gran polémica doctrinal en torno a si la venta realizada por un empresario a un consumidor es civil o mercantil (la mayoría considera que es civil), así como cuál es la naturaleza de la adquisición de bienes de equipo para integrarlos en la actividad empresarial (la mayoría entiende que la adquisición de materias primas es mercantil y la de maquinaria, civil). La razón de la polémica estriba en que el régimen de los vicios ocultos y del paso del riesgo es, como a continuación veremos, distinto en cada una de ellas.

¿Qué es mercantil?

Es mercantil tanto la compra de fruta para revenderla tal cual, como la compra de fruta para revenderla transformada en zumo.

6.1.2. La obligación de entrega. El saneamiento

El vendedor está obligado a la entrega del bien, esto es, a transmitir su propiedad al comprador y a responder del saneamiento.

La compraventa, por sí misma, no transmite la propiedad del bien, sino que obliga a esa transmisión. Para que el comprador sea propietario se requiere el acuerdo de compraventa (título) y la entrega del bien (modo). Además de entregar, el vendedor debe responder del *saneamiento*, esto es, de que el bien es suyo y que no tiene defecto alguno. El saneamiento comprende dos aspectos: por evicción y por vicios.

La **evicción** ocurre cuando se priva al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada (art. 1475 Cc). En tal caso, el comprador tendrá derecho a exigir del vendedor: la restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el de la venta; los frutos o rendimientos, si se le hubiere condenado a entregarlos al que le haya vencido en juicio; las costas del pleito; los gastos del contrato, si los hubiese pagado el comprador, y los daños e intereses y los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato, si se vendió de mala fe (art. 1478 Cc). El vendedor responde de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato, sin embargo, los contratantes pueden aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor.

Suprimir o reducir la evicción

Para suprimirla o reducirla es preciso que el vendedor ignore que no es el propietario (sea de buena fe), en otro caso, existiría un fraude por su parte. Hay que señalar que el juego del artículo 85 del Código de comercio excluye la responsabilidad por evicción en el caso de adquisiciones realizadas en tiendas abiertas al público, pues el comprador adquiere la cosa de forma irrevindicable. El verdadero propietario deja de serlo y sólo podrá reclamar contra el vendedor por haber enajenado un bien que no era suyo.

El **saneamiento por vicios** obliga al vendedor a responder, aunque los ignore, por los vicios o defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso al que se la destina o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella. No obstante, el vendedor no responde de los defectos manifiestos o que estén a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos (art. 1484 Cc).

Exclusión

Se puede excluir esta responsabilidad siempre y cuando el vendedor ignore los vicios o defectos ocultos de lo vendido.

El comprador, en caso de vicios ocultos, podrá optar entre desistir del contrato, en cuyo caso se le abonan los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos. Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, indemnizará a éste, en caso de desistimiento, los daños y perjuicios (art. 1486 Cc). Las acciones para presentar la reclamación se extinguen a los seis meses en la compraventa civil (art. 1490 Cc) y a los treinta días en la compraventa mercantil (art. 342 Ccom) contados desde la entrega de la cosa vendida.

El Código de comercio se refiere también a los **vicios o defectos en la cantidad o calidad** y establece plazos muy breves de reclamación para el comprador: en el acto cuando las mercancías están a la vista y cuatro días cuando vienen enfiardadas o embaladas. En estos casos, el comprador puede optar por la rescisión del contrato o por su cumplimiento con arreglo a lo convenido, pero siempre con indemnización de los perjuicios que se le hubieren causado por tales defectos (art. 336 Ccom).

Reconocimiento de las mercancías

El vendedor podrá evitar esta reclamación exigiendo en el acto de la entrega que se haga el reconocimiento de las mercancías, en cuanto a cantidad y calidad, a contento del comprador.

En materia de responsabilidad por vicios existe una regulación especial cuando el comprador es un consumidor. Los artículos 114 y sigs. del TRLGDCU incorporan la regulación de la derogada Ley 23/2003, de 20 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo.

El vendedor tiene la obligación de entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato y de responder frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto.

Artículo 116 TRLGDCU

Salvo prueba en contrario, el art. 116 TRLGDCU establece que los productos son conformes con el contrato siempre que cumplan todos los requisitos que señala, salvo que por las circunstancias del caso alguno de ellos no resulte aplicable, y que son:

- a) ajuste a la descripción realizada por el vendedor y con las cualidades presentadas al consumidor y usuario en forma de muestra o modelo;
- b) aptitud para los usos a que ordinariamente se destinen los productos del mismo tipo;
- c) aptitud para cualquier uso especial requerido por el consumidor y usuario cuando lo haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de celebración del contrato, siempre que éste haya admitido que el producto es apto para dicho uso;
- d) calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del producto y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los productos hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado.

No habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad cuando el consumidor y usuario conoce o no ha podido fundadamente ignorar en el momento de la celebración del contrato o que tienen su origen en materiales suministrados por el consumidor y usuario.

El consumidor y usuario tiene derecho a la reparación del producto, a su sustitución, a la rebaja del precio o a la resolución del contrato, de acuerdo con lo previsto en el TRLGDCU.

Incompatibilidades

El ejercicio de estas acciones es incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa. En cualquier caso, el consumidor y usuario tiene derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad.

6.1.3. El paso del riesgo

La doctrina del riesgo en la compraventa determina quién debe soportar las consecuencias de la pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor.

Si el riesgo lo soporta el vendedor, el comprador puede resolver el contrato (el vendedor quedará sin el bien y sin el precio) o exigir la entrega de otra cosa igual si era genérica (el vendedor perderá dos cosas y recibirá el precio de una). Si lo soporta el comprador, deberá pagar el precio aunque no haya recibido el bien o no haya recibido lo que haya perdido.

La doctrina entiende que en la compraventa civil el riesgo pasa al comprador con la perfección del contrato (con el acuerdo de compraventa). Desde entonces la pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza debe soportarla él. En cambio, en la compraventa mercantil el paso del riesgo se produce con la entrega de la cosa (arts. 331 y 333 Ccom), si bien, la entrega se entiende realizada por parte del vendedor con la puesta a disposición del comprador de la cosa objeto de la compraventa (en los almacenes de aquél o a bordo del buque o del avión que va a transportarla al lugar indicado por el comprador, entre otros).

El acto de la entrega

La entrega es un acto que requiere la colaboración del comprador. Éste debe aprehender la cosa comprada y por eso se considera que, cuando el vendedor ha realizado todos los actos que permiten la aprehensión por parte del comprador, ha entregado la cosa. Se asimila, a los efectos de que el vendedor no deba soportar un riesgo injustificado por la demora en recibir del comprador, la puesta a disposición con la entrega aunque objetivamente son actos distintos.

Nota

Si la cosa es genérica, el riesgo sólo pasa al comprador cuando la cosa esté especificada (arts. 1452 Cc y 334.1 Ccom).

6.1.4. Regímenes especiales

a) En materia de compraventa internacional, el **Convenio de Viena** del 11 de abril de 1980 (firmado por España en 1990) se aplica, básicamente, para el caso de que un ciudadano español celebre una compraventa con un ciudadano extranjero que sea nacional de un país que también haya firmado el Convenio.

b) También suelen aplicarse en el ámbito del comercio internacional (y también en el nacional), cuando comprador y vendedor se hallan en plazas distintas, una serie de reglas acuñadas por la práctica comercial internacional llamadas **INCOTERMS**. En tal caso no se aplica ni el Código de comercio ni la normativa nacional de los contratantes.

Los INCOTERMS (*international commercial terms*) no son verdadera costumbre, no son normas que obliguen de por sí, sino que obligan a las partes porque éstas, voluntariamente, deciden que se apliquen. Hacen referencia no sólo al contrato de compraventa y al paso del riesgo, sino también al transporte (quién lo contrata, quién lo paga, desde dónde se realiza) y al seguro.

Dos ejemplos

Si, por ejemplo, las partes establecen que la compraventa se realiza FOB (*free on board*), el vendedor se obliga a entregar a bordo del buque y, hasta entonces, soporta los gastos de transporte y los riesgos de pérdida de la mercancía por caso fortuito o fuerza mayor, el seguro lo contrata el comprador y éste también paga el flete (precio del transporte marítimo), las licencias de exportación debe gestionarlas el vendedor.

Si, por ejemplo, las partes establecen que la compraventa sea CIF (*cost, insurance and freight*) el comprador pagará el precio de la compraventa, el seguro y el flete y soporta los riesgos por caso fortuito o fuerza mayor desde el momento en el que el vendedor entrega a bordo del buque.

Fijación de los INCOTERMS

Los INCOTERMS quedan fijados periódicamente por la Cámara de Comercio Internacional.

c) La Ley de **venta de bienes muebles a plazos**, de 13 de julio de 1998, contiene la regulación de los contratos de venta a plazos de bienes muebles corporales no consumibles e identificables y excluye las compraventas destinadas a la reventa al público (las mercantiles). Esta Ley exige que el contrato conste por escrito y establece un contenido mínimo. El comprador puede desistir de la adquisición en un plazo de siete días desde la entrega del bien, también puede anticipar en cualquier momento los plazos que le queden por pagar y ahorrarse así los intereses correspondientes a dichos plazos al satisfacer una compensación por anticipación. Posiblemente lo más destacable de esta Ley es la regulación del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, integrado en el Registro de Bienes Muebles y la eficacia que atribuye a las inscripciones en el mismo. Las partes pueden pactar que la propiedad del bien no se adquiera hasta el pago del último plazo (cláusula de reserva de dominio).

Si el contrato se inscribe en el Registro, la cláusula de reserva de dominio será oponible a cualquier tercero, aunque no la conozca.

6.1.5. Contratos afines a la compraventa

Aparte de los regímenes especiales de determinadas compraventas, existen determinados negocios jurídicos que se asimilan a la compraventa.

La **permuta** es el contrato por el que "cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra" (art. 1538 Cc). Al ser tan parecida a la compraventa, los códigos no la regulan de forma específica, sino que declaran aplicable a la misma las reglas de la compraventa (arts. 1451 Cc y 346 Ccom), si bien las obligaciones, para ambas partes, son las del vendedor (no hay comprador, esto es, la persona que paga el precio).

El **suministro** es un contrato por el cual se fijan una serie de plazos para la entrega y el pago de cierta cantidad de bienes en cada plazo. Es algo parecido a una serie de compraventas sucesivas, prefijadas en plazos y cantidades. A diferencia de la compraventa a plazos, en el suministro cada remesa es independiente de las demás. En el contrato estimatorio una parte entrega a otra una serie de bienes para que ésta los venda y le devuelva al cabo de un tiempo el precio de los bienes vendidos y el resto de bienes no vendidos.

Quiosqueros

Los quiosqueros celebran contratos estimatorios con revistas, periódicos, coleccionables, etc.

6.2. Donación

La donación es un acto de liberalidad por el que una persona (donante) dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra (donatario), que la acepta (art. 618 del Cc).

La donación consiste, por lo tanto, en la entrega de un bien sin contraprestación a cambio, por ello es el contrato gratuito por excelencia.

Cuando sí hay contraprestación

No obstante, en determinados casos puede ser relevante una cierta contraprestación del donatario, lo cual enturbia el carácter gratuito de la donación. Así, puede hacerse la donación para compensar los servicios prestados por una persona, siempre que no constituyan deudas exigibles. Un ejemplo es el de las propinas, que son donaciones remuneratorias. Por otra parte, en la donación puede imponerse un pequeño gravamen al donatario, de valor muy inferior al de lo recibido.

La donación nunca ha sido contemplada con demasiado favor por el ordenamiento, por considerar en principio extraño que una persona se desprenda de un bien a cambio de nada (podría tratarse de un momento de euforia o de una decisión sin haber sopesado las circunstancias). De ahí que el Código civil imponga una forma determinada para las donaciones de inmuebles, que deben constar en escritura pública, y que prohíba al donante empobrecer su patrimonio en perjuicio de sus herederos o acreedores (si la donación se hace en fraude de éstos, se puede revocar: arts. 1111 y 1291.3 Cc). En esta línea, el donante también debe reservarse, en plena propiedad o en usufructo, los bienes necesarios para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias (art. 634 Cc) y no puede dar por vía de donación más de lo que puede dar por testamento, por lo que es inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida (art. 636 Cc).

Como es regla general de todo contrato, la donación es irrevocable. Sin embargo, el Código civil permite que el donante recupere los bienes en ciertos casos: cuando con posterioridad a la donación tenga hijos o conozca que los tiene (art. 644 Cc), cuando se incumplan los gravámenes impuestos al donatario y en el supuesto de ingratitud de éste (art. 648 Cc).

6.3. Guarda y custodia de bienes

Los propietarios de bienes a veces no pueden o no quieren custodiarlos y encomiendan esta labor a terceras personas. El **contrato de depósito** es aquél por el cual una persona (depositario) guarda un bien de otra (depositante) con la estricta finalidad de custodiarlo. Cuando a la única finalidad de guarda o custodia se añade la posibilidad de uso por parte del depositario, no hay verdadero depósito. De ahí que los códigos señalen que en tales casos no se aplican las reglas del depósito sino las del préstamo (pensad en el depósito de dinero) o las del contrato del que se trate (arts. 1768 Cc y 309 Ccom).

El depósito es un contrato real, es decir, se perfecciona con la entrega de la cosa (arts. 1758 Cc y 305 Ccom). Si es civil, es gratuito, salvo pacto en contrario (art. 1760 Cc), mientras que si es mercantil, es retribuido, salvo pacto en contrario (art. 304 Ccom). Para que el depósito sea mercantil se requiere que el depositario, al menos, sea comerciante, que las cosas depositadas sean objeto de comercio y que el depósito constituya por sí una operación mercantil o que se haga como causa o a consecuencia de operaciones mercantiles (art. 303 Ccom). El depositario puede retener la cosa depositada hasta que se le pague el precio del depósito y/o los daños y perjuicios ocasionados (art. 1780 Cc)

Un supuesto especial de depósito es el realizado en **almacenes generales de depósito**, que son entidades dedicadas profesionalmente a la custodia de bienes no perecederos. Los almacenes entregan al depositante documentos transmisibles que permiten transmitir los bienes cuando están depositados. También pueden ser dados en prenda mediante la transmisión a terceras personas de un título denominado *warrant*.

La Ley 40/2002, de 14 de noviembre, que regula el contrato de **aparcamiento de vehículos** establece el régimen jurídico aplicable a los aparcamientos en los que una persona cede, como actividad mercantil, un espacio en un local o recinto del que es titular para el estacionamiento de vehículos de motor, con los deberes de vigilancia y custodia durante el tiempo de ocupación a cambio de un precio determinado en función del tiempo real de prestación del servicio. Se excluyen, entre otros, los aparcamientos gratuitos y los que se realizan en la vía pública (aunque se pague por ello). El empresario debe responder de la custodia del vehículo y de los accesorios unidos a él de forma inseparable. El pacto contrario (que solía constar en el documento que expide automáticamente la máquina de entrada) de que no se responde de la sustracción es inválido.

6.4. El arrendamiento de bienes

El **arrendamiento de bienes** es un contrato por el que una de las partes (arrendador) se obliga a dar a la otra (arrendatario) el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto (art. 1543 Cc).

Con él se permite, por lo tanto, a una persona que goce y disfrute de una cosa pagando un precio o renta al propietario.

Arrendamiento de obras o servicios

Distinto del arrendamiento de bienes es el **arrendamiento de obras o servicios**, por el que "una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto" (art. 1544 Cc). Del **arrendamiento de servicios** nace una obligación de hacer, su objeto es la actividad o trabajo que debe desarrollar una de las partes. La regulación que hace el Código civil referida a criados y asalariados resulta desfasada en la actualidad y la mayor parte de las relaciones de servicios dependientes por cuenta ajena están sujetas al derecho laboral. Del **arrendamiento de obra** nace una obligación de resultado, su objeto es la obra o resultado que debe producirse. A pesar de su inclusión dentro de los arrendamientos, el de obra nada tiene que ver con esta figura y ni siquiera el Código civil habla de arrendador y arrendatario sino de amo de la obra y contratista. A pesar de que el objeto de este contrato puede ser muy variado (la jurisprudencia ha reconocido como tal, por ejemplo, la instalación de radiadores, la colocación de prótesis dentales y la construcción e instalación de una grúa de carga y descarga en un buque), el Código civil centra su regulación en la construcción y en la reparación y rehabilitación de edificios.

6.4.1. Régimen general del Código civil

La regulación contenida en el Código civil se aplica a todos los arrendamientos de bienes muebles así como a los arrendamientos de inmuebles no sujetos a leyes especiales (por ejemplo, el arrendamiento de una finca rústica para uso recreativo).

Como obligaciones del arrendador cabe señalar la de entrega al arrendatario la cosa objeto del contrato, la de llevar a cabo durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso al que ha sido destinada y la de mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato (art. 1453 Cc).

Respecto a las obligaciones del arrendatario, éstas son pagar el precio del arrendamiento, usar la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra, pagar los gastos que ocasione la escritura del contrato (art. 1555 Cc) y responder del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya (art. 1563 Cc).

Dentro del arrendamiento cabe señalar dos figuras: la de cesión del arrendamiento y la del subarriendo.

La cesión implica un cambio de la persona del arrendatario y exige, como es regla general en el cambio de deudor, el consentimiento del acreedor (aquí el arrendador).

El Código civil no regula la cesión pero la doctrina entiende que es posible con este consentimiento.

En el subarriendo el arrendatario (subarrendador) alquila, a su vez, el bien arrendado a un tercero (subarrendatario).

En general, aunque hay excepciones, no existe relación jurídica ni derechos exigibles entre el propietario y el subarrendatario.

El arrendatario puede subarrendar si ello no está prohibido expresamente en el contrato (art. 1550 Cc).

6.4.2. Régimen especial de los arrendamientos urbanos

Los arrendamientos urbanos están regulados por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre (LAU). Estos arrendamientos se han visto afectados en su regulación por importantes vaivenes de la política legislativa.

Nueva regulación de los arrendamientos

La anterior Ley, de 24 de diciembre de 1964, defendía férreamente los derechos del arrendatario. Destacaba el régimen de la prórroga forzosa, que consistía en la posibilidad del arrendatario, si así lo deseaba, de prorrogar su arrendamiento de forma indefinida y este derecho era transmisible a sus herederos e incluso a ciertos familiares en transmisiones *inter vivos*. Por otra parte, las rentas antiguas se habían convertido en ridículas por efecto de la inflación (especialmente en los arrendamientos celebrados antes de 1956). Con estas condiciones nadie quería alquilar su vivienda o local de negocio, con lo que la protección se volvió en contra del protegido. Esta situación se modificó con el Decreto ley de 30 de abril de 1985, que estableció el régimen de libre determinación por las partes de la duración de los contratos celebrados tras su entrada en vigor. Con esta nueva regulación el efecto fue contrario a la regulación de 1964 y el arrendatario carecía de una garantía mínima de permanencia en la vivienda o local.

La actual LAU distingue y se aplica a los arrendamientos de fincas urbanas que **se destinen a vivienda** y a los que **se destinen a usos distintos del de vivienda**. Aquél es el que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario. La LAU establece una serie de normas de carácter imperativo dirigidas a proteger al arrendatario.

Como usos distintos al de vivienda, la LAU considera los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, ar-

tesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualquiera que sean las personas que los celebren. Estos arrendamientos no gozan de especial protección y su régimen se deja al pacto de las partes.

La LAU de 1964

Con la LAU de 1964 el arrendatario de un local de negocio disfrutaba de una serie de derechos irrenunciables, entre ellos, la prórroga forzosa y el derecho de traspaso del local sin necesidad de consentimiento del propietario. Actualmente, la normativa sólo se aplica si las partes no la excluyen de manera expresa y haciendo referencia a cada uno de los preceptos excluidos.

La duración del arrendamiento de vivienda será libremente pactada por las partes. Si ésta fuera inferior a cinco años, llegado el día de vencimiento del contrato, éste se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de cinco años, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador, con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de sus prórrogas, su voluntad de no renovarlo (art. 9.1 LAU).

Si pasados los cinco años de duración, ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con un mes de antelación, su voluntad de no renovarlo, el contrato se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta un máximo de tres años más (art. 10.1 LAU).

La renta se fija libremente por las partes y durante los cinco primeros años se actualizará obligatoriamente por referencia al índice de precios al consumo. Si llegada la fecha de vencimiento del contrato, una vez transcurridos como mínimo cinco años de duración de aquél, ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con un mes de antelación a aquella fecha, su voluntad de no renovarlo, el contrato se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta un máximo de tres años más. Pasado este plazo, se prorrogará por el sistema que hayan pactado las partes y, si no han pactado ninguno, por el IPC. Los gastos necesarios debe realizarlos el arrendador y el arrendatario debe soportar que se realicen obras de mejora cuya ejecución no pueda razonablemente aplazarse hasta el final del arrendamiento.

Si el propietario vendiese la vivienda arrendada, el arrendatario tiene derecho de tanteo y de retracto para hacerse con la vivienda en propiedad, pagando el mismo precio que el tercero que quería adquirirla. La cesión del derecho de arrendamiento requiere el consentimiento escrito del arrendador y también el subarriendo, que sólo puede ser parcial.

En caso de muerte del arrendatario, podrán subrogarse en el contrato:

a) el cónyuge del arrendatario que conviviera con él;

Arrendamiento de un local

El arrendamiento de un local destinado a una actividad empresarial o profesional puede ser, salvo pacto expreso en contra, cedido y subarrendado sin necesidad del consentimiento del propietario si bien se le debe notificar fehacientemente y éste tendrá derecho a un incremento de la renta.

En casos de ruptura matrimonial

En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo establecido en los arts. 90 y 96 Cc.

b) la persona que hubiera convivido con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento;

c) los descendientes del arrendatario que en el momento de su fallecimiento estuvieran sujetos a su patria potestad o tutela o que hubiesen convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes;

d) los ascendientes y hermanos del arrendatario que hubieran convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes a su fallecimiento,

e) las personas distintas de las mencionadas que sufran una minusvalía igual o superior al 65%, siempre que tengan una relación de parentesco hasta el tercer grado colateral con el arrendatario y hayan convivido con éste durante los dos años anteriores al fallecimiento (art. 16 LAU).

6.4.3. Régimen especial de los arrendamientos rústicos

La Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos (LAR) se aplica a aquellos contratos mediante los cuales se ceden temporalmente una o varias fincas, o parte de ellas, para su **aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal** a cambio de un precio o renta. Podrán celebrarse arrendamientos rústicos entre personas físicas o jurídicas.

Destaca el cambio de orientación que representa la supresión del requisito de la "profesionalidad", exigido por la LAR de 1980, y del tope cuantitativo para evitar la acumulación de tierras. El objetivo de la nueva Ley es lograr una flexibilización del régimen de los arrendamientos rústicos.

Estos arrendamientos tienen una duración mínima de cinco años. Será nula y se tendrá por no puesta toda cláusula del contrato por la que se estipule una duración menor.

La renta se fijará en dinero y será la que libremente pacten las partes. No obstante, si la fijaran en especie o parte en dinero y parte en especie, llevarán a cabo su conversión a dinero. Las partes también pueden establecer el sistema de actualización de renta que consideren oportuno. Pactada la actualización, a falta de estipulación en contrario, la renta se actualizará para cada anualidad por referencia al IPC.

El arrendador y el arrendatario están obligados a permitir la realización de las obras, reparaciones y mejoras que deba o pueda realizar la otra parte contratante.

El arrendatario que sea agricultor profesional y las cooperativas agrarias, las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, las sociedades agrarias de transformación y las comunidades de bienes gozan de los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente en cualquier transmisión ínter vivos de fincas rústicas arrendadas, incluida la donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualquiera otra distinta de la compraventa. No procederán estos derechos:

- a) en las transmisiones a título gratuito cuando el adquirente sea descendiente o ascendiente del transmitente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o su cónyuge y
- b) en la permuta de fincas rústicas cuando se efectúe para agregar una de las fincas permutadas y siempre que sean inferiores a diez hectáreas de secano, o una de regadío, los predios que se permutan (art. 22 LAR).

El agricultor profesional

La LAR considera agricultor profesional a quien obtiene unos ingresos brutos anuales procedentes de la actividad agraria superiores al duplo del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) y cuya dedicación directa y personal a esta actividad supone, al menos, el 25% de su tiempo de trabajo.

La cesión y el subarriendo se dejan a lo pactado por las partes y, en todo caso, deben referirse a la totalidad de la finca o explotación y deben otorgarse por todo el tiempo que reste del plazo del arrendamiento por una renta que no puede ser superior a la pactada entre arrendador y arrendatario. El arrendatario no podrá ceder o subarrendar la finca o explotación sin el consentimiento expreso del arrendador. Dicho consentimiento no será necesario cuando la cesión o subarriendo se efectúe a favor del cónyuge o de uno de los descendientes del arrendatario, por lo que bastará la notificación fehaciente al arrendador (art. 23 LAR).

6.5. Contratos de intermediación

6.5.1. Mandato y comisión

El mandato es un contrato por el que "se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra" (art. 1709 Cc). Se trata de un concepto amplio en el que cabe cualquier actuación de una persona por cuenta de otra.

La actuación por cuenta ajena significa que los efectos de la actuación que realiza una persona van a repercutir en el patrimonio de otra distinta (la persona por cuenta de quien se actúa).

IPREM

El IPREM ha sustituido al salario mínimo interprofesional como indicador o referencia del nivel de renta que sirve para determinar la cuantía de determinadas prestaciones o para acceder a determinadas prestaciones, beneficios o servicios públicos (por ejemplo becas y subvenciones). Su cuantía se determina anualmente en la Ley de presupuestos generales del Estado.

El mandato pasa a considerarse mercantil –y a denominarse *comisión*– "cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista" (art. 244 Ccom).

Mandato y comisión son los contratos básicos de mediación, mediante ellos una persona (el mediador –mandatario o comisionista–) realiza una actividad (por ejemplo la compra de materias primas, la búsqueda de canales de distribución o la contratación del transporte) por cuenta de otra (el principal –mandante o comitente–). Estos contratos se basan en la confianza (*intuitu personae*), de ahí sus notas distintivas frente a otros contratos.

Mandato y comisión

En la comisión mercantil está prohibido para el mediador delegar la ejecución del encargo, salvo pacto expreso en contra (art. 261 Ccom). En el mandato civil, aunque sí está permitida esta delegación, el mediador responde en la mayoría de los casos de la actuación del sustituto (art. 1721 Cc). Si el mediador no tiene instrucciones concretas, hará lo que según la naturaleza del negocio haría un buen padre de familia (art. 1719 Cc) o lo que dicte la prudencia y se conforme al uso de comercio (art. 265 Ccom). Pero el carácter *intuitu personae* se manifiesta especialmente en la libre revocabilidad del contrato (arts. 1732.1 y 1733 y sigs. Cc y 279 Ccom) y en la extinción por muerte del mediador (art. 1732 Cc y 280 Ccom) así como en la posibilidad de renuncia del mandatario (art. 1736 Cc).

En todo caso, como se trata de una actuación por cuenta ajena, en estos contratos es muy importante distinguir si el mediador actúa en nombre propio o ajeno.

Cuando el mediador contrata en nombre propio queda obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contrata, las cuales no tienen acción contra el mandante o comitente, ni éstos contra aquéllas, y quedan a salvo siempre las que respectivamente correspondan al mandante o comitente y al mediador entre sí. Cuando contrata en nombre ajeno (del mandante o comitente), el contrato y las acciones derivadas del mismo producirán su efecto entre el mandante o comitente y las personas que contratan con el mediador (arts. 1717 Cc y 243 y sigs. Ccom). Para que el mediador pueda actuar en nombre del principal (mandante o comitente) necesita tener poder para ello. El apoderamiento y el mantenerse dentro de los límites del poder es lo que permite la actuación en nombre ajeno.

Se habla así de **relación interna** para referirse a la que surge del contrato de mandato o comisión entre el principal y el mediador (derechos y obligaciones de las partes) y de **relación externa** para referirse a la que, en función de que exista o no poder de representación, se produce entre el principal o el mediador y los terceros.

Prohibición de autoentrada

Imaginemos que, sin tener poder de representación, el mediador compra media tonelada de manzanas en su propio nombre con el dinero que le ha dado el principal. En el contrato figura como comprador el mediador y como vendedor, la persona que ha vendido esas manzanas. Al no haber poder de representación, no hay acciones entre el principal y el vendedor para reclamar, por ejemplo, defectos de cantidad o calidad (deberá hacer la reclamación el mediador) o el precio de las mismas (deberá exigir el pago el vendedor al mediador). Por otra parte, si el mediador se negara posteriormente a entregar dichas manzanas al principal, éste podrá invocar el contrato (comisión o mandato) para exigir tal entrega y hacer valer sus derechos.

En materia de retribución, los dos códigos siguen sistemas distintos. El mandato es gratuito salvo pacto en contra o que el mandatario se dedique al desempeño de servicios de la especie a la que se refiere el mandato. Por su parte, la comisión es retribuida salvo pacto en contra.

Para la comisión de compraventa el Código de comercio establece una serie de reglas especiales (prohibición de autoentrada, prohibición de préstamo, venta al fiado o a plazos sin autorización del comitente y pacto de garantía) que la doctrina considera extrapolables a otros supuestos de comisión.

Prohibición de autoentrada

La prohibición de autoentrada significa que el comisionista no puede ser el tercero que contrata con el comitente, esto es, no puede comprar para sí lo que se le ha mandado vender, ni vender él mismo lo que se le ha mandado comprar si no está autorizado por el comitente. La comisión de garantía es la que percibe el comisionista sobre una venta además de la comisión ordinaria. Con ello el comisionista responde de la operación frente al comitente en caso de que el tercero no lo haga (por ejemplo, si el tercero no paga el precio de un camión del comitente, lo tendrá que abonar el comisionista y luego podrá reclamar al tercero ese pago y los daños y perjuicios).

6.5.2. Contrato de corretaje y contrato de agencia

Dentro del ámbito de la mediación se encuentran también el contrato de corretaje y el de agencia. El de corretaje es un contrato atípico en el que el mediador (corredor), a diferencia de lo que ocurre con el mandato y la comisión, no contrata con el tercero sino que se limita a buscar un tercero que reúna determinadas condiciones y a ponerlo en contacto con el principal. El principal quiere que el mediador busque a la persona que reúna unas circunstancias precisas para luego él mismo contratar o decidir no hacerlo.

Ejemplos de corretaje

Ejemplos de corretaje son las agencias matrimoniales o determinados contratos con agencias inmobiliarias para alquilar un piso. Al principal no le son indiferentes las circunstancias físicas y personales del tercero y él mismo quiere cerrar el trato.

La doctrina entiende que el corredor tiene derecho al precio pactado en caso de que principal y tercero lleguen a un acuerdo, es decir, que contraten efectivamente. No obstante, si se hubiera establecido una regla de retribución diferente, habrá que atender en primer lugar a lo pactado por las partes. La jurisprudencia extiende el derecho a la retribución del corredor cuando principal y tercero cierran el trato una vez terminado el encargo de corretaje.

El **contrato de agencia** está regulado por la Ley sobre contrato de agencia de 27 de mayo de 1992. A diferencia de la comisión, que se caracteriza por ser ocasional, en la agencia las necesidades de mediación son continuas y referidas a un sector determinado de la actividad empresarial.

El artículo 1 de esta Ley establece que "por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continua o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones".

La remuneración del agente puede consistir en un tanto alzado, en una comisión sobre las operaciones realizadas o en una combinación de ambas modalidades. El agente, salvo pacto en contra, no tiene derecho a que se le reembolsen los gastos que ocasiona su actuación. También aquí es posible el pacto de garantía, de manera que el agente responda del buen fin de la operación, que habrá de establecerse por escrito y con expresión de la comisión que se va a percibir, aunque tal pacto será nulo en otro caso.

La Ley de 1992 permite a las partes incluir el pacto de restricción o limitación de las actividades profesionales que debe desarrollar el agente una vez extinguido dicho contrato. Este pacto de limitación de la competencia no podrá tener una duración superior a dos años a contar desde la extinción del contrato.

El principal se asegura de este modo la dedicación del mediador de manera que no sirva a los intereses de otros competidores suyos.

A la extinción del contrato, el agente tiene derecho a la llamada indemnización por clientela. Esta indemnización procede cuando haya aportado nuevos clientes al empresario o cuando haya incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente.

Indemnización

Para ello es preciso que la actividad anterior del agente pueda continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y que resulte equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran.

6.6. El préstamo

El **préstamo** es un contrato en el que "una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de **préstamo**" (art. 1740.1 Cc).

Persona agente

El agente, si contrata con terceros, lo hace siempre en nombre ajeno, a diferencia de la comisión que puede hacerlo también en nombre propio.

El **préstamo de uso** o comodato, que es esencialmente gratuito (art. 1740.2 Cc), se rige por los arts. 1741 y sigs. Cc. Se perfecciona con la entrega del bien y el comodante no puede reclamar la cosa prestada hasta que haya concluido el uso para el que la prestó, salvo que tuviere urgente necesidad de ella. Si no se pactó la duración del comodato ni el uso al que se debía destinar la cosa prestada y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad.

Ejemplo de comodato

Si nuestro vecino nos deja la máquina de cortar el césped sería un comodato.

El **simple préstamo**, denominado también **mutuo**, se regula por partida doble en los códigos civil y de comercio. Las reglas del Código de comercio se aplican al préstamo mercantil, que es aquél en el que una de las partes contratantes es comerciante y las cosas prestadas se destinan a actos de comercio (art. 311 Ccom). El resto de préstamos son civiles.

Por regla general, el préstamo es gratuito, esto es, no devenga intereses salvo que las partes así lo pacten. En el préstamo mercantil el pacto de intereses debe constar por escrito (art. 314 Ccom), mientras que en el civil no se precisa forma alguna.

Los intereses que se pactan suelen denominarse **remuneratorios** y tienen como finalidad evitar las consecuencias negativas de la inflación o bien que el prestamista obtenga una ganancia.

Ley contra la usura

La Ley contra la usura, de 23 de julio de 1908, declara nulo todo contrato de préstamo en el que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino y haya motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. También declara nulo el contrato en el que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos. A pesar de que el Código de comercio establece que "podrá pactarse el interés del préstamo sin tasa ni limitación de ninguna especie" (art. 315.1 Ccom), el Tribunal Supremo entiende que este artículo debe entenderse modificado por la Ley de 1908, si bien admite que los intereses en el préstamo mercantil puedan ser superiores a los usuales en un préstamo civil.

Distintos de los intereses remuneratorios son los **de demora**, que son los que se generan de manera automática por la falta de devolución de la cantidad entregada en el tiempo pactado. El Código de comercio establece que, si no se ha pactado su cuantía, ésta será la del interés legal (art. 316.1 Ccom). Los intereses de demora no precisan pacto de las partes y constituyen una manera de compensar el perjuicio que causa al prestamista la mora del prestatario en el cumplimiento de su obligación.

Anatocismo y excepción

En el préstamo no cabe, en principio, el **anatocismo**, es decir, que los intereses vencidos y no pagados se computen también a efectos de aplicar sobre ellos el interés pactado en el siguiente plazo. No obstante, el art. 1109 Cc establece la excepción "los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto". Si bien, el Código de comercio permite pactar

la capitalización de los intereses líquidos y no satisfechos al final de cada plazo y, al ser considerados como capital, se aplica el tipo de interés sobre ellos (art. 317 Ccom).

Cabe señalar que, si el prestamista recibe el capital sin manifestar que se reserva el derecho a cobrar los intereses, se extingue la obligación de pagarlos (arts. 110 Cc y 318 Ccom) y que, si el prestatario paga intereses sin estar acordados, no puede reclamarlos como pago indebido (art. 1756 Cc).

La Ley, de 24 de junio de 2011, **de Crédito al Consumo** establece un régimen especial para préstamos a favor de los consumidores. Los contratos sometidos a la misma deben constar por escrito o en otro soporte duradero, se redactarán con una letra que resulte legible y con un contraste de impresión adecuado y se formalizan en tantos ejemplares como partes intervengan. Se establece un contenido mínimo para evitar que se abuse o no se informe adecuadamente al consumidor. Además se regula, entre otros, la modificación del coste total del préstamo, el reembolso anticipado, la tasa anual equivalente (TAE) –el coste total del crédito, expresado en un porcentaje anual sobre la cuantía del crédito concedido– y la información sobre anticipos en descubiertos.

El consumidor puede poner fin gratuitamente y en cualquier momento a un contrato de crédito de duración indefinida, pero además, puede desistir del contrato en un plazo de catorce días naturales sin necesidad de indicar los motivos y sin ninguna penalización.

El establecimiento en la Ley de 1995 de un límite para los descubiertos pactados de 2,5 veces el interés legal del dinero ha servido a la jurisprudencia para utilizar esta cifra como referente para determinar cuándo un interés resulta desproporcionado (aunque no se trate de un interés fijado para un descubierto pactado).

Es destacable la facultad que se concede al consumidor de poder ejercitar los derechos que le correspondan no sólo frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante un contrato de crédito, sino también frente al empresario que hubiera concedido el crédito si existe pacto de financiación entre proveedor y financiador.

Ejemplo de ejercicio de derechos

Recientemente un grupo de personas que habían contratado cursos de idiomas financiándolos a través de entidades bancarias se encontró con que la empresa de idiomas entró en quiebra y no pudo impartir tales cursos. Las entidades de crédito reclamaban a los consumidores el pago del precio. Los consumidores podían negarse al pago cuando la entidad bancaria tenía un acuerdo de financiación con la empresa de idiomas. En otro caso, la falta de pacto impedía la comunicación al financiador de las excepciones oponibles a la empresa de idiomas y los consumidores debían abonar el precio.

Aparte de la Ley del 2011, la Ley de 31 de marzo del 2009 dicta reglas específicas para la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Básicamente obliga a dar una información muy detallada al consumidor acerca de las características del contrato. En materia de presta-

mo hipotecario existen, además, normas específicas, contenidas en la Ley de 30 de marzo de 1994, para facilitar la subrogación en las hipotecas. Y, recientemente, se ha dictado la Ley 1/2013, de 14 mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (que sustituye al RD Ley 27/2012, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios), que persigue evitar el desahucio y mantener una vivienda digna en el caso de personas que han quedado sin recursos.

6.7. El *leasing* y el *factoring*

El contrato de *leasing* es un contrato de financiación en el que intervienen tres personas: el fabricante de un bien, la empresa de *leasing* y el usuario del bien. En su modalidad general, el usuario acuerda con la empresa de *leasing* que ésta compre el bien al fabricante y luego le permita el uso del mismo durante un tiempo determinado, a cambio del pago de una renta en los plazos pactados. Al finalizar el plazo pactado, el usuario puede:

- a) prorrogar el plazo,
- b) dar por terminado el contrato o
- c) comprar el bien por el llamado **precio residual**, que suele ser pequeño.

Este contrato permite al usuario que no le interesa o que no puede comprar un determinado bien utilizarlo pagando una renta periódica y a la empresa de *leasing*, obtener una ganancia por la diferencia entre el precio que paga por el bien y la cuantía de los plazos que cobra del usuario.

Leasing* y *renting

El *leasing* cumple una función crediticia y al usuario le suele resultar más provechoso que la compra del bien a plazos pues, aunque las cuotas son caras, las puede deducir en determinados casos en los impuestos, al tratarse generalmente de bienes de equipo cuyos gastos se consideran gastos de empresa. Distinto del *leasing* es el *renting*, que es un contrato de arrendamiento ordinario en el que la empresa de *renting* tiene un conjunto de bienes que arrienda a los usuarios y es ella quien elige dichos bienes –que suelen ser de vida dilatada–; un ejemplo típico son las empresas de alquiler de coches.

Como variante de la figura general se encuentra el *lease-back*, en el que el propietario de un bien lo vende a la empresa de *leasing*, obtiene liquidez y luego lo arrienda a dicha empresa pagando plazos periódicos.

El problema fundamental que plantea el *leasing* es el de las relaciones entre las partes. En principio existe una relación entre el fabricante y la empresa de *leasing* y otra entre la empresa de *leasing* y el usuario. De ahí que, si el bien resulta defectuoso, el usuario no puede reclamar directamente al fabricante

(no existe relación jurídica entre ellos) y en ocasiones, además, la empresa de *leasing* excluye su responsabilidad por defectos del bien. Por ello es importante pactar en el contrato las cláusulas que permitan solucionar estos problemas.

Pactos

Es común pactar que la empresa no se responsabiliza de que el bien sea adecuado para las necesidades del usuario (fue éste quien lo eligió), que el usuario se compromete a pagar los gastos de mantenimiento y reparación del bien y la obligación del usuario de contratar un seguro a favor de la empresa de *leasing* para el caso de pérdida o deterioro del bien.

El *factoring* es un contrato atípico que tiene una función básica que consiste en el cobro por la empresa de *factoring* de los créditos que tienen sus clientes. Ahora bien, a esta prestación básica pueden añadirse otras muchas que cambian la función económica del contrato. Así, además de intentar el cobro de los créditos, la empresa de *factoring* se puede obligar a:

- a) asumir el riesgo de insolvencia del deudor del cliente, de modo que aunque se produzca un impago por el deudor pague ella misma al cliente;
- b) anticipar el dinero al cliente sin esperar al vencimiento del crédito, y
- c) anticipar una cantidad del crédito (por ejemplo un 80%) y dar el resto cuando lo cobre del deudor del cliente. Este pacto es muy común.

Al añadirse estos pactos, el contrato se aleja de lo que sería una mediación para pasar a ser una comisión de garantía o un contrato de crédito.

El precio que cobra la empresa de *factoring* es mayor cuanto mayor sea la seguridad que proporcione, de ahí que haya de estarse a las condiciones pactadas.

Otra función que pueden cumplir las empresas de *factoring* es la de facilitar información sobre las empresas, dado que con el tiempo llegan a conocer a los empresarios de su entorno, su solvencia, expectativas y demás circunstancias que hacen que se les pueda pedir asesoramiento sobre estas circunstancias.

6.8. Contratos aleatorios

Los contratos aleatorios o de riesgo son aquellos en los que la cuantía de la prestación, su existencia misma o algunas de sus características dependen del azar. Al ser indeterminado algún aspecto de la prestación, no cabe aplicar a los aleatorios las reglas de otras figuras contractuales. Las partes especulan en este tipo de contratos y cada una de ellas espera que la suerte le favorezca (por ejemplo al jugar a la bolsa) y asume el riesgo inherente a tal contrato.

El contrato de renta vitalicia obliga a una persona (el deudor) a pagar a otra una pensión o rédito anual durante toda la vida de ésta a cambio de un capital en bienes muebles o inmuebles cuya propiedad se transfiere al deudor con

Establecimientos financieros de crédito

Tanto las empresas de *factoring* como las de *leasing* se consideran "establecimientos financieros de crédito" y se regulan por el RD de 26 de abril de 1996.

la carga de la pensión (art. 1790 Cc). Como se aprecia, el tiempo que durará esta obligación y, consecuentemente, la cuantía de la misma es desconocido y depende de lo que viva la persona beneficiaria.

La distinción entre **el juego y la apuesta** no tiene trascendencia práctica al estar ambos sometidos al mismo régimen jurídico (art. 1799 Cc). Lo que sí es relevante es la distinción entre juegos y apuestas prohibidos y lícitos. Para los primeros se aplica la regla del art. 1798 Cc que configura la deuda de juego como una obligación natural, esto es, no puede reclamarse judicialmente, pero si se paga voluntariamente no se puede reclamar la devolución de lo pagado excepto que haya habido dolo o se trate de un menor o de una persona inhabilitada para administrar sus bienes. Para los juegos lícitos, se aplica la regla del art. 1801 Cc, que configura la deuda de juego en este caso como deuda civil, si bien con la posibilidad de que el juez pueda desestimar la demanda cuando la cantidad que se cruzó en el juego o en la apuesta sea excesiva o reducir la obligación en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia.

El **contrato de seguro** es el prototipo de los contratos aleatorios. El art.1 de la Ley de contrato de seguro, de 8 de octubre de 1980, lo define como "aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas".

Regulación de las compañías aseguradoras

Las compañías aseguradoras deben contar con una autorización administrativa e inscribirse en un registro especial del Ministerio de Economía para poder operar. Los requisitos y estructura están regulados por el RD legislativo, de 29 de octubre de 2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados. Estas compañías suelen servir en la contratación de agentes mediadores, cuya actividad está regulada por la Ley, de 17 de julio de 2007, de mediación de seguros privados.

Los sujetos que intervienen en el contrato son, además del **asegurador** que es el obligado a pagar la indemnización para el caso de que se produzca el evento dañoso:

- a) El **tomador** del seguro, que es la persona que contrata el seguro con el asegurador y por lo tanto quien asume las obligaciones derivadas del contrato, en concreto el pago de la prima.
- b) El **asegurado**, que es el titular del interés objeto del contrato (el propietario del objeto asegurado, normalmente) o la persona cuya enfermedad, muerte o sobrevivencia determina el siniestro.
- c) El **beneficiario**, que es la persona que cobrará la indemnización.

Sujetos intervinientes

Puede ocurrir que tomador, asegurado y beneficiario sean la misma persona, si bien no es necesario. Así, por ejemplo, una persona (el tomador) puede asegurar que a la muerte de un trabajador suyo (el asegurado) la aseguradora pague una indemnización a sus descendientes (los beneficiarios).

6.9. Contratos para la solución de litigios

La **transacción** es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen fin al que había comenzado (art. 1809 Cc). Para que sea factible la celebración de este contrato, es necesario que exista una controversia, que es lo que se pretende resolver mediante la transacción, y que exista reciprocidad en las concesiones que hacen las partes si bien no es necesaria una equivalencia exacta de los respectivos sacrificios.

El **arbitraje** es un medio de solución de litigios al margen de la vía judicial. Está regulado por la Ley de arbitraje, de 23 de diciembre de 2003. Al arbitraje se acude normalmente por ser una vía más rápida que la judicial.

El convenio arbitral –el acuerdo de las partes– puede consistir en una cláusula incorporada a un contrato o en un acuerdo independiente y debe expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o que puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. Deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.

Requisito de constancia por escrito

Se considera cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo. También el que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas mencionadas. Asimismo, se considera que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

El arbitraje puede ser **de derecho**, en cuyo caso los árbitros resuelven el litigio aplicando las normas jurídicas correspondientes, o **de equidad**, en cuyo caso los árbitros resuelven la controversia de acuerdo con su conocimiento y sabiduría. Los árbitros sólo pueden decidir en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello.

La resolución que adoptan los árbitros se denomina **laudo**. El laudo debe constar por escrito y estar firmado por los árbitros, los cuales pueden hacer constar su parecer discrepante. Asimismo, debe estar motivado (debe expresar los motivos que conducen a la resolución) a menos que las partes hayan convenido otra cosa.

La **mediación**, institución que permite encontrar soluciones efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y que es una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, se ha regulado por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador (art. 1 Lmed.). Se incluyen en el ámbito de aplicación de la Ley los conflictos civiles y mercantiles transfronterizos.

Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de la Ley los asuntos que afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable; la mediación penal, la mediación con las administraciones públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo.

La Lmed sujeta la mediación a una serie de principios (voluntariedad y libre disposición; igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores y confidencialidad), establece el estatuto del mediador y regula el procedimiento de mediación. Asimismo prevé que las puedan elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación, convirtiendo, de este modo, el acuerdo en título ejecutivo, que puede ser objeto de ejecución en la vía judicial (art. 25 Lmed.)

7. El marco jurídico de la contratación privada: el mercado

7.1. La constitución económica. La economía de mercado y la integración en la Unión Europea

Para poder explicar, desde un punto de vista jurídico, el modo como se desarrolla el tráfico patrimonial actual debemos partir del marco de nuestro sistema económico. Este marco se establece en la llamada "Constitución económica".

En sentido estricto, se llama *constitución económica* al conjunto de normas contenidas en la constitución de un país que rigen su vida económica. En sentido amplio, la constitución económica comprende también las normas de carácter económico contenidas en las leyes generales. En el ámbito del derecho contractual, esta normativa es trascendente, porque determina el marco legal del intercambio de bienes y servicios, el modelo económico.

Una economía planificada por completo impedirá que se desarrolle la libertad contractual de los particulares y, en el otro extremo, una economía libre, sin ningún control, dejará al débil a merced del fuerte y justificará este hecho basándose en una libertad contractual mal entendida.

Nuestra Constitución, consecuencia de la política de consenso que buscaba la aprobación por la mayoría de los partidos, es intencionadamente ambigua en relación con el modelo económico escogido. No obstante, hay dos artículos muy importantes en este contexto: el art. 33, que reconoce el **derecho a la propiedad privada**, y el art. 38, que proclama la **libertad de empresa en el marco de la economía de mercado**. Ahora bien, ambos derechos se delimitan en la misma Constitución: la propiedad privada, por la función social, y la libertad de empresa, por las exigencias de la economía general y, si procede, de la planificación. La situación sistemática de estos artículos dentro de la Constitución (capítulo segundo, "Derechos y libertades", del título I, "De los derechos y deberes fundamentales") hace que sea aplicable lo que dispone el art. 53.1 de la propia Constitución; por lo tanto, vinculan a todos los poderes públicos, que en todo caso tendrán que respetar su contenido esencial, y el ejercicio de estos derechos y libertades sólo se podrá regular por ley. Por esto, aunque se permitan la planificación económica (art. 131 de la CE) y la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2 de la CE), no se podrá impedir en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa. Este contenido esencial exige la libertad de entrada, ejercicio y salida del mercado; la libre competencia entre los operadores económicos, y el libre juego de la oferta y la demanda.

El mercado, entendido como el sistema más idóneo para asignar eficientemente los recursos escasos y generar el máximo de riqueza, es el referente de la actividad contractual en nuestro ordenamiento. Y al mismo tiempo, esta actividad contractual es la que posibilita el intercambio de bienes y servicios.

La entrada de España en la Unión Europea (Tratado de adhesión a las Comunidades Europeas, de 12 de junio de 1985), uno de cuyos objetivos principales es crear un mercado único (un espacio de intercambios entre todos los estados miembros en el que haya igualdad de condiciones) como vía para la integración económica y, en último término, política, ha hecho que se incorpore a nuestro ordenamiento el derecho comunitario y que dicho ordenamiento se tenga que adaptar a las pautas marcadas por las instituciones europeas.

Estados miembros

Son Estados miembros de la Unión Europea los siguientes: Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos (1951); Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido (1973); Grecia (1981); España y Portugal (1986); Austria, Finlandia y Suecia (1995); Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, la República Checa, Hungría, Eslovaquia, Eslovenia, Malta y Chipre (2004), Bulgaria y Rumania (2007) y Croacia (2013).

El artículo 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE) versión consolidada publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* –DOUE– el 30 de marzo del 2010) establece:

La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico. La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros. La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo. La Unión establecerá una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro (apdos. 3 y 4).

Por su parte, el artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE versión consolidada –DOUE– el 30 de marzo del 2010) señala:

La Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los tratados. El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los tratados (apdos. 1 y 2).

Las normas emanadas de la Unión Europea son aplicables a España de la misma manera que si hubieran sido promulgadas por los órganos competentes del Estado español. En el derecho comunitario, la doctrina distingue el **derecho comunitario originario** y el **derecho comunitario derivado**. El primero lo constituyen los tratados comunitarios.

Tratados comunitarios

Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), firmado el 18 de abril de 1951 en París; **Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE)**, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 al mismo tiempo que el **Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM)** –ambos son conocidos conjuntamente como *Tratados de Roma*–; **Tratado de fusión**, firmado en Bruselas el 8 de abril de 1965, que estableció una única Comisión y un único Consejo para las tres comunidades europeas existentes hasta entonces; **Acta Única Europea**, firmada en Luxemburgo y en La Haya, que introdujo las adaptaciones necesarias para completar el mercado interior; **Tratado de la Unión Europea**, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, que cambió el nombre de Comunidad Económica Europea por el de Comunidad Europea y que también introdujo nuevas formas de cooperación entre los gobiernos de los estados miembros (por ejemplo, en defensa y justicia e interior), y **Tratado de Amsterdam**, firmado el 2 de octubre de 1997, que modificó y reenumeró los Tratados de la UE y de la CE, ligó a aquél las versiones consolidadas de los Tratados de la UE y de la CE, y también cambió los artículos del Tratado de la Unión Europea asignándoles números en vez de las antiguas letras; Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001, que modifica la composición y funcionamiento de las instituciones para prepararlas para la ampliación y el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, que regula el alcance y los procedimientos de la labor futura de la Unión.

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCE) es el actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

El derecho comunitario derivado es el emanado por los órganos comunitarios que tienen potestad normativa. Las normas comunitarias principales, puesto que tienen carácter general, son el reglamento y la directiva.

1) El **reglamento** tiene un alcance general (para todos los estados miembros), es obligatorio en todos sus elementos (en su contenido) y es directamente aplicable a cada estado miembro. Es decir, el reglamento atribuye derechos y obligaciones a sus destinatarios desde que se publica –lo que tiene lugar en el *Diario Oficial de la Comunidad Europea (DOCE)*.

2) La **directiva**, en cambio, en principio no tiene eficacia directa, por lo que no vincula a los ciudadanos de los estados miembros ni éstos la pueden hacer valer directamente. Esto es así porque la directiva va dirigida al estado miembro para que éste, mediante disposiciones legales internas, incorpore a su ordenamiento las normas de la misma. Este fenómeno de incorporación de la directiva se conoce como *transposición*.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas admite el efecto directo de la directiva cuando un estado miembro no hace la transposición en el tiempo fijado por ésta, de manera que los particulares pueden invocar su contenido ante cualquier entidad controlada por el Estado.

Lectura recomendada

Podéis ver la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades, de 12 de julio de 1990 (asunto C 188/89, caso A. Foster, G. A. H. M. Fulford-Brown, J. Morgan, M. Roby,

Nota

Los cuatro documentos que configuran la constitución material de la Unión Europea son el TFUE, el TUE, el TCECA y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF).

E. M. Salloway, P. Sullivan contra British Gas, PLC), que contiene una síntesis completa sobre el efecto vertical de la directiva.

7.2. Sujetos que intervienen en el mercado: empresarios y consumidores

En el mercado de bienes y servicios, participan fundamentalmente dos clases de sujetos:

- el **empresario**, que es quien ofrece los bienes y servicios, y
- el **consumidor**, que es quien los demanda junto con otros empresarios.

7.2.1. Empresario persona física y empresario persona jurídica

El empresario se puede definir como la persona física o jurídica que desarrolla, en nombre propio y habitualmente, una actividad de intermediación en el mercado de bienes y servicios, y que adquiere la titularidad de los derechos y las obligaciones que son consecuencia de esta actividad.

El Código de comercio (art. 1 del Ccom) considera *empresario persona física* a quien, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedica a él habitualmente. Y con respecto al *empresario persona jurídica*, sólo considera como tales a las **sociedades mercantiles**, reguladas por el propio Código de comercio o por leyes especiales.

La catalogación como empresario comporta, por un lado, la sujeción a un conjunto de normas específicas que integran el llamado *estatuto jurídico del empresario* y, por otro, la calificación de *mercantiles* de determinados contratos por el hecho de intervenir en ellos en su condición de empresario (p. ej., comisión, depósito, préstamo, etc.).

La dualidad de nuestros códigos civil y de comercio hace que también se regulen separadamente las **sociedades civiles** y las mercantiles. El Código de comercio sigue un criterio formal:

"El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código." (art. 116 del Ccom)

Y por esto, parte de la doctrina (ésta es una cuestión muy discutida y todavía abierta) considera que si la sociedad se constituye en escritura pública y se inscribe en el Registro Mercantil, estaremos ante una sociedad mercantil. Por su parte, el Código civil, que define la sociedad como "un contrato por el cual dos

Comerciante

El Código de comercio, que data del año 1885, utiliza la expresión *comerciante* para referirse a lo que nosotros conocemos como *empresario*.

Empresario

Son empresarios las sociedades, no los socios por el simple hecho de pertenecer a ellas.

o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias" (art. 1665 del Cc), sigue un criterio objetivo (atiende al objeto social) para determinar la naturaleza de las sociedades:

"Las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de comercio. En tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código." (art. 1670 del Cc)

Por esto, se ha considerado que son empresarias las sociedades civiles que, incluso sin haberse constituido con las formalidades de las mercantiles, tengan un objeto mercantil, es decir, que intervengan en el mercado de bienes y servicios.

Además, la realidad muestra que desde hace tiempo actúan en el mercado entes con personalidad jurídica (públicos y privados) que hacen una actividad parecida a la de las sociedades mercantiles (p. ej., cajas de ahorros, cooperativas, sociedades agrarias de transformación, etc.); y por esto, la doctrina aboga por ampliar gradualmente el concepto de *empresario*, de manera que estos operadores económicos tengan cabida.

En materia de sociedades, se suele hacer una distinción fundamental, en torno a la responsabilidad que asumen los socios. Por un lado, están aquellas en las que la **responsabilidad de los socios es limitada**: se restringe a la aportación que se tiene que hacer a la sociedad, que acaba siendo la responsable ante terceros (está sujeta al principio de responsabilidad patrimonial universal –art. 1911 del Cc). Dentro de esta categoría, entran las sociedades mercantiles, la S. A., la S. R. L., la S. L. N. E. y la sociedad comanditaria por acciones. Por otro lado, se distinguen las sociedades en las que la **responsabilidad de los socios es ilimitada**, es decir, va más allá de la aportación que se obligan a hacer a la sociedad, de tal manera que, cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para pagar a los acreedores, éstos podrán proceder contra el patrimonio de los socios que responden ante de ellos de manera solidaria. En esta categoría, entran las sociedades civiles y dos sociedades mercantiles: la colectiva y la comanditaria.

Los elementos que caracterizan las sociedades capitalistas son radicalmente opuestos a los de las personalistas. En ese grupo se incluyen aquellas sociedades que no toman en cuenta las condiciones personales de los socios sino su aportación de capital. Se trata de sociedades donde la relación es *intuitus pecuniae* (p. ej., S. A.; S. R. L.).

El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) ha acabado con la dispersión de la normativa que hasta ahora regulaba las sociedades de capital y que generaba discordancias y lagunas respecto de las cuales la doctrina y la jurisprudencia ofrecían soluciones dispares. La LSC considera y regula como sociedades de capital la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad li-

Limitar la responsabilidad

Las sociedades permiten, además de ampliar recursos, limitar la responsabilidad de los socios a la aportación que hagan. La responsabilidad de la sociedad es siempre ilimitada.

mitada y la sociedad comanditaria por acciones. Existe ahora un régimen jurídico básico y común para todas estas sociedades, que se completa con normas específicas y peculiares de cada uno de los tipos sociales.

Por su parte, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de Reforma Parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de Incorporación de la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de las sociedades cotizadas ha modificado la LSC para reducir el coste de organización y funcionamiento, su modernización y la supresión de algunas de las diferencias más injustificadas entre el régimen de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada.

A continuación haremos referencia a los tipos principales de sociedad mercantil que existen.

1) La sociedad colectiva

Regulada en los artículos 125 y siguientes del Código de Comercio, la sociedad colectiva es la forma más simple y más antigua de sociedad mercantil. Esta sociedad nace en la Edad Media fruto de las necesidades de los mercaderes de la época y de la evolución de los vínculos familiares hacia vínculos obligacionales próximos, consecuencia de la expansión geográfica de las actividades y de la búsqueda de financiación fuera del entorno familiar. La aportación de los socios puede consistir en trabajo (**socios industriales**) o en bienes y derechos de contenido económico.

La sociedad colectiva es el prototipo de sociedad personalista. En su régimen jurídico están presentes todas las características típicas de esta clase de sociedades:

a) Responsabilidad personal, ilimitada, solidaria y subsidiaria de los **socios colectivos** por las deudas sociales (art. 127 CdeC). Es **subsidiaria**, puesto que para satisfacer las deudas de la sociedad es preciso proceder contra el patrimonio de la sociedad antes que contra el de los socios; **ilimitada**, dado que los socios responden con todo su patrimonio; **solidaria**, puesto que a cualquiera de ellos se exige el total de las reclamaciones insatisfechas por la sociedad, sin perjuicio del derecho de repetición que tiene todo deudor solidario que paga. Frente al tercer acreedor, cada socio se comporta como si fuera deudor único. Y si un socio paga, puede reclamar del resto de socios la parte proporcional de la deuda pagada.

b) Administración de la sociedad vinculada a la condición de socio (art. 129 CdeC) y, consecuencia de todo ello,

c) sujeción de la transmisión de la condición de socio al consentimiento de todos los demás socios (art. 143 CdeC).

El contrato de sociedad colectiva debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil.

El contenido de la escritura pública viene establecido expresamente, debiendo expresarse el nombre, apellido y domicilio de los socios; la razón social; el nombre y apellido de los socios a quienes se encomiende la gestión de la compañía y el uso de la firma social; el capital que cada socio aporte en dinero efectivo, créditos o efectos, con expresión del valor que se dé a estos o de las bases sobre las que haya de hacerse el avalúo; la duración de la compañía; las cantidades que, en su caso, se asignen a cada socio gestor anualmente para sus gastos particulares. Se podrán también consignar en la escritura todos los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los socios quieran establecer (art. 125 CdeC).

A pesar de que actualmente la constitución de sociedades colectivas es residual, su importancia radica en el carácter de sociedad mercantil general del tráfico. Así, el régimen jurídico de la sociedad colectiva se aplica cuando no resulta claro el tipo social constituido, cuando se ha de completar la normativa de tipos sociales especiales y cuando, habiéndose manifestado la voluntad de constituir una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada, no se cumplen los requisitos exigidos para la válida constitución de estas y sin embargo desarrollan actividades mercantiles (art. 39.1 LSC).

2) La sociedad comanditaria

Regulada en los artículos 145 y siguientes del Código de Comercio, la sociedad comanditaria se diferencia de la colectiva en que, junto a la existencia de **socios colectivos** a quienes se aplica el mismo estatuto jurídico que el de los socios de la sociedad colectiva, hay otros socios que no responden de forma ilimitada, sino solo con las aportaciones que realicen a la sociedad. Estos se denominan **socios comanditarios**, y, a diferencia de los colectivos, no pueden gestionar la sociedad ni tan siquiera ser apoderados de un socio gestor (art. 148 CdeC).

La prohibición de gestión se justifica, precisamente, en su régimen de responsabilidad, limitado a lo que han aportado; más allá de esto, los terceros no pueden reclamar nada. Si se les permitiese gestionar la sociedad, podrían comprometer el patrimonio de los colectivos acometiendo operaciones más arriesgadas que las que acometerían estos.

La escritura social de la sociedad en comandita debe incorporar las mismas circunstancias que la colectiva, constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil. La presencia de los socios comanditarios conlleva la necesaria existencia de un patrimonio social inicial, aunque todos los colectivos fueran socios industriales.

En la razón social, nunca pueden incluirse los nombres de los socios comanditarios.

Si algún comanditario incluyese su nombre o consintiese su inclusión en la razón social, quedará sujeto, respecto a los terceros, a las mismas responsabilidades que los gestores, sin adquirir más derechos que los que le corresponden como comanditario.

3) La sociedad anónima.

El artículo 1.3 LSC establece que, "en la sociedad anónima, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de los socios, quienes no responderán personalmente por las deudas sociales".

La anónima debe tener un **capital mínimo** de sesenta mil euros que se expresará precisamente en esta moneda (art. 4.2 LSC). Con ello se quiere lograr que esta forma social solo se emplee por sociedades de una cierta entidad. Se constituyen mediante escritura pública e inscripción de la misma en el Registro Mercantil. La inscripción se publica en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (BORME). El capital social de la S. A. está dividido en acciones. La acción representa una parte proporcional (alícuota) del capital, confiere a su titular un conjunto de derechos y es un título de participación.

Capital social

El capital social es una cifra que permanece invariable a lo largo de la vida de la sociedad, salvo que, por acuerdo de la junta, se aumente o reduzca. El patrimonio, sin embargo, está en continua variación.

Las **acciones representan partes alícuotas del capital social**, de forma que el resultado de multiplicar el número de acciones por su valor nominal tiene que ser igual a la cifra de capital social. Se dice que las acciones tienen tres valores distintos que no tienen por qué corresponderse: el valor nominal, el valor de mercado y el valor contable. El valor nominal es el valor fijado como parte del capital social y es siempre el mismo (salvo que se modifique por acuerdo de la junta general en supuestos de modificación del capital). En cambio, el valor de mercado depende de la buena o mala marcha de la sociedad. En cuanto al valor contable, es el resultado de dividir el patrimonio neto contable entre el número de acciones. El capital social de la sociedad anónima ha de estar íntegramente suscrito (distribuido entre todos los socios) y desembolsado en una cuarta parte por lo menos del valor nominal de cada una de las acciones en el momento de otorgar la escritura de constitución de la sociedad.

La acción confiere una serie de derechos mínimos al socio:

- a) El derecho a participar en el reparto de **beneficios** y en el patrimonio resultante de la liquidación cuando esta se realice.
- b) El derecho de **suscripción preferente**, que supone que, cuando la sociedad emita nuevas acciones (aumentando el capital) u obligaciones convertibles en acciones, el accionista tiene derecho a comprar un número de ellas proporcional al valor nominal de las acciones de las que ya sea titular.
- c) El derecho de **asistir y votar** en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales.
- d) Por último, el **derecho de información** es un derecho relativamente limitado, pues no implica que el socio pueda pedir toda la información que desee, sino que se ejerce con la posibilidad de consultar con un límite temporal antes de la celebración de la junta general los documentos relativos a la misma, y durante la celebración de la junta general, de solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día.

Las **acciones pueden estar** representadas mediante títulos (**títulos valor de participación social**) que pueden ser nominativos o al portador, o **mediante anotaciones en cuenta**, y ambos casos tienen la consideración de **valores mobiliarios** (art. 92.1 LSC). La representación mediante anotaciones en cuenta se rige por las reglas del mercado de valores y supone un cambio del concepto de título valor, pues ya no existe un título material en el que se plasmen los derechos, sino un simple asiento contable, no susceptible de posesión ni entrega material.

Las **aportaciones** que realice el socio a la sociedad, que se entienden hechas a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule otra cosa, pueden ser de dinero (aportaciones dinerarias) o de todo tipo de bienes o derechos patrimoniales valorables económicamente (aportaciones no dinerarias); se excluyen expresamente las prestaciones de trabajo y los servicios. La LSC establece mecanismos para controlar la realidad de esas aportaciones.

En los estatutos de las sociedades de capital puede establecerse la obligación, para todos o alguno de los socios, de realizar prestaciones accesorias distintas de las aportaciones, expresando su contenido concreto y determinado y si se han de realizar gratuitamente o mediante retribución, así como las eventuales cláusulas penales por incumplimiento. En ningún caso las prestaciones accesorias integrarán el capital social. Pueden consistir en dar (p. ej., dinero), hacer (p. ej., prestar un servicio) o no hacer (p. ej., no hacer competencia a la sociedad).

Los **órganos de la sociedad anónima son dos**: la junta general, que es el órgano deliberante y de decisión, y los administradores, que constituyen el órgano de ejecución.

De la comprobación de la veracidad y correcta llevanza de las cuentas se encargan los auditores de cuentas, pero no son en sí un órgano de la sociedad.

La idea básica es que la junta general decide y el órgano de administración ejecuta. Pero esta separación de tareas pocas veces se da en la gran sociedad anónima, dominada a menudo por unos pocos socios mayoritarios que controlan la actuación del órgano de administración.

Las juntas generales pueden ser ordinarias o extraordinarias, y han de ser convocadas por los administradores de la sociedad. La junta **general ordinaria** se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio para censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado. También puede celebrarse en cualquier momento **junta extraordinaria** (que trate asuntos diferentes a los de la junta ordinaria) para decidir sin esperar a la junta general ordinaria. Existe también la llamada **junta universal**, que se entiende convocada y válidamente constituida para tratar cualquier asunto siempre que esté presente o representado todo el capital social y los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la junta. La junta universal puede reunirse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero (art.178 LSC).

Los **administradores** se eligen por la junta general y su designación es libremente revocable. Salvo disposición contraria de los estatutos, no tienen que ser necesariamente accionistas, lo que es acorde con el carácter capitalista de la sociedad anónima.

Ejercerán el cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, que deberá ser igual para todos ellos y no podrá exceder de seis años.

Cargo de administrador

El cargo de administrador es gratuito salvo que los estatutos establezcan lo contrario.

La estructura del órgano de administración puede consistir en un **administrador único** o en varios de ellos. Si los administradores son varios, su actuación puede ser de diferentes tipos:

a) cada administrador puede gozar de plenas facultades de gestión y representación (**administradores solidarios**);

b) pueden actuar por unanimidad (**administradores mancomunados**, cuyo tope legal es de dos);

c) pueden operar mediante acuerdos (**consejo de administración**). Si la administración se confía conjuntamente a más de dos personas, estas obligatoriamente deben constituir el llamado "consejo de administración", que toma las decisiones por mayoría de sus miembros presentes, siempre que a la reunión acudan, o estén representados, la mitad más uno de los componentes. Esta forma de actuación facilita el funcionamiento ordinario de la sociedad.

El consejo puede delegar algunas de sus funciones en "comisiones ejecutivas", o en uno o más "consejeros delegados".

El **ámbito de representación** de los administradores es amplio y abarca todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Ninguna limitación a este ámbito es válida frente a terceros y la sociedad responde incluso de los actos de los administradores que ordinariamente se entiendan comprendidos dentro del objeto social frente a tercero de buena fe que actuó sin culpa grave, aunque estuvieran excluidos por los estatutos.

De esta forma, la sociedad siempre queda obligada por la actuación de los administradores en los términos dichos. Se respalda así la seguridad del tráfico en el sentido de que, al apoderar a un administrador, se crea la apariencia de que tendrá todas las facultades propias del objeto social; así, frente a tercero, esa apariencia debe ser hecha efectiva.

Junto al **deber de diligente administración**, a los administradores se les imponen otros deberes: el de **lealtad** y el de **secreto** y una serie de **prohibiciones**: la de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador, la de aprovechar oportunidades de negocio, la de competencia y la de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a operaciones en las que tengan conflicto de intereses.

En este contexto, está aprobado un "código de conducta" no obligatorio, pensado sobre todo para sociedades que cotizan, y que busca "moralizar" la actuación de los administradores de las grandes compañías, con lo que favorece además la entrada de administradores expertos ajenos a los distintos grupos de accionistas.

Designación de funciones

En caso de ser nombrado administrador una persona jurídica, esta tiene que designar a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo.

Los administradores tienen la obligación de **formular**, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, **las cuentas anuales**, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado. Las cuentas anuales comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y una memoria.

Estos documentos forman una unidad y deben ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. Las cuentas anuales deben ser aprobadas por la junta general y depositadas en el Registro Mercantil. El balance y la cuenta de pérdidas y ganancias deben seguir la estructura y reglas de valoración de las partidas de los artículos 35 y siguientes del Código de Comercio. Las sociedades pueden presentar un balance abreviado, en el que no tienen que desglosar con detalle cada una de las partidas si durante dos años consecutivos a la fecha de cierre del ejercicio concurren, al menos, dos de las circunstancias siguientes: el total de las partidas del activo no supera los 2.850.000 euros; la cifra anual de negocios no supera los 5.700.000 euros; y el número medio de trabajadores empleados no supera los cincuenta (art. 257 LSC).

Reserva legal

La sociedad anónima está obligada a realizar una reserva legal. Así, una parte de los beneficios del ejercicio (un 10% hasta alcanzar como mínimo el 20% del capital social) debe reservarse obligatoriamente, sin que se pueda disponer de ese dinero más que para compensar pérdidas si no hay otras reservas disponibles (porque las haya constituido voluntariamente la sociedad) suficientes.

El **reparto de dividendos** a los accionistas solo puede hacerse con cargo al beneficio neto del ejercicio o a reservas de libre disposición, y es preciso que el valor del patrimonio no sea, ni quede con el reparto, inferior al capital social (art. 273.2 LSC).

4) La sociedad de responsabilidad limitada.

La sociedad de responsabilidad limitada (SRL) surgió como una forma híbrida entre la sociedad colectiva y la anónima. Se buscaba regular una sociedad con responsabilidad limitada a la aportación (al patrimonio social), pero con pocos socios que mantuvieran relaciones personales entre sí. Actualmente está regulada en la LSC.

"En la sociedad de responsabilidad limitada, el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales" (art. 1.2 LSC).

Esta forma social toma de la anónima la limitación de responsabilidad de los socios al patrimonio social, y en este sentido, es capitalista; en cambio, toma de la sociedad colectiva elementos reguladores propios de relaciones personales entre pocos socios, unidos por vínculos a menudo familiares o afectivos; y en este punto es personalista. De ello resulta la diferencia fundamental entre la sociedad anónima y la limitada: el capital de esta se halla dividido en **participaciones**.

paciones, que son **cuotas abstractas**, y constituyen un conjunto de derechos que no se pueden incorporar a títulos-valor. La condición de socio no se "objetiva", no se incorpora a un título porque es algo personal. La diferencia no es solamente abstracta. La participación nunca puede sujetarse a un régimen de transmisión libre, e incluso esta puede llegar a prohibirse; mientras que la acción es, en principio, de libre transmisión.

En la SRL se busca mantener una comunidad personal; en la anónima eso, en principio, da igual, pues la persona de los socios es irrelevante, lo que importa es el capital. Esta es la visión teórica del legislador, la anónima responde a una gran sociedad con muchos socios y relaciones impersonales, y la limitada, a una sociedad pequeña donde la relación personal es relevante. Lo que ocurre es que, en la práctica, es legalmente posible una sociedad anónima pequeña con comunidad personal entre los socios y una gran sociedad ilimitada. En este sentido, se ha criticado al legislador español, que en lugar de diseñar dos formas sociales con rasgos distintivos claros (una anónima gran empresa, con un capital mínimo más elevado y un régimen societario rígido, y una limitada reservada para la pequeña sociedad, con un régimen societario flexible y positivo), haya creado dos formas societarias polivalentes.

Considerada la SRL sociedad de capital por la LSC, al igual que la S. A., a continuación vamos a señalar solo algunas de las diferencias más relevantes entre ambas sociedades.

La constitución de esta forma social requiere de un capital social mínimo de tres mil euros, que debe estar **enteramente suscrito** (distribuido entre los socios) y **enteramente desembolsado** desde un principio (no existen dividendos pasivos). La creación de la SRL exige, al igual que la anónima, otorgamiento de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil. Con la inscripción la sociedad adquiere la personalidad jurídica, pero, a diferencia de la anónima, cabe realizar los distintos trámites de forma telemática, no presencial.

La tramitación telemática se regula en parte por el RD 1332/2006, de 21 noviembre, por el que se regulan las especificaciones y condiciones para el empleo del documento único electrónico (DUE), para la constitución y puesta en marcha de sociedades de responsabilidad limitada mediante el sistema de tramitación telemática.

Al igual que en la S. A., únicamente se pueden aportar **bienes o derechos patrimoniales** susceptibles de valoración económica, y existe un sistema de control de dichas aportaciones.

No obstante, el control difiere con respecto al de la anónima en cuanto a las aportaciones no dinerarias, dado que no se realiza un informe pericial sobre el valor del bien, sino que los socios responden solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de dichas aportaciones y del valor que se les haya atribuido en la escritura.

El régimen de las participaciones es distinto al de las acciones. Las **participaciones sociales no tienen el carácter de valores, no pueden estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta ni denominarse acciones** (art. 92.2 LSC).

En principio, todas las participaciones otorgan iguales derechos, pero en los estatutos pueden crearse clases de participaciones (art. 94.1 LSC). Contrariamente a lo que ocurre con las acciones de la S. A., las participaciones pueden otorgar voto plural (alteración de la proporción entre valor nominal y el voto).

La titularidad de cada participación consta en un libro de registro. En caso de transmisión, esta debe constar en el libro de registro para que el nuevo socio pueda ejercitar sus derechos como tal frente a la sociedad (art. 104 LSC).

Lo más característico en materia de participaciones es su **régimen de transmisión**. Frente al principio de libre transmisibilidad de acciones, en la limitada rige el principio contrario: las participaciones **nunca son libremente transmisibles**.

El régimen de **transmisión voluntaria *inter vivos*** será el que establezcan los estatutos, si bien deberá sujetarse a las reglas de la LSC, que declara nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos*. De otra parte, establece que únicamente serán **válidas las cláusulas que prohibían** la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos* si los estatutos reconocen al socio el **derecho a separarse** de la sociedad en cualquier momento. No obstante, los estatutos pueden impedir la transmisión voluntaria de las participaciones por actos *inter vivos*, o el ejercicio del derecho de separación, durante un período de tiempo no superior a cinco años a contar desde la constitución de la sociedad. Si nada disponen los estatutos, **será libre la transmisión voluntaria** de participaciones por actos *inter vivos* entre socios, así como la realizada en favor del cónyuge, **ascendiente o descendiente del socio, en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo** que la transmitente. Para la transmisión a un **tercero distinto** de los enunciados, el socio que quiera transmitir su participación o participaciones **debe comunicarlo por escrito a los administradores**, haciendo constar el número y características de las participaciones que pretende transmitir, la identidad del adquirente y el precio y demás condiciones de la transmisión. La transmisión deberá ser **aprobada por la junta general**. La sociedad solo podrá denegar el consentimiento si comunica al transmitente, por conducto notarial, la identidad de uno o varios

socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones. Los socios concurrentes a la junta general tienen preferencia para la adquisición (art. 107 LSC).

En cuanto a la **transmisión *mortis causa***, en principio, el heredero o legatario de las participaciones se hace socio. Pero los estatutos pueden establecer un derecho de adquisición preferente a favor de los demás socios. También se regula la transmisión forzosa. Así, en caso de embargo de participaciones sociales, los socios y, si así se ha previsto, la sociedad podrán subrogarse en lugar del que se las adjudica en la subasta.

Los **órganos** son, como en la sociedad anónima, la **junta general y los administradores**. La regulación básica es parecida a la de la sociedad anónima, pero existen algunas diferencias notables.

Se faculta a la **junta general**, salvo disposición contraria de los estatutos, para **impartir instrucciones al órgano de administración** o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión. Esta injerencia de la junta en los asuntos de los administradores no libera a estos de la responsabilidad que la ejecución de las instrucciones pueda generar.

El art. 160 LSC recoge para todas las sociedades de capital un listado de asuntos que son competencia de la junta: aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social; nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos; modificación de los estatutos sociales; aumento y reducción del capital social; supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente; transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo y traslado de domicilio al extranjero; disolución de la sociedad; aprobación del balance final de liquidación y cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos.

La junta general **se convoca por los administradores**. El régimen de la junta ordinaria, extraordinaria y universal es el visto para la sociedad anónima, dado que el TRLSC unifica el régimen jurídico de las sociedades capital.

En materia de **derecho de información**, los socios pueden solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta general o verbalmente durante ella, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Los administradores estarán obligados a proporcionárselos, en forma oral o escrita, de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada, salvo en los casos en los que, a juicio

del propio órgano, la publicidad de esta perjudique los intereses sociales. Esta excepción no procederá cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el 25% del capital social.

Existe además una norma acerca del **conflicto de intereses**, que impide que el socio ejerza el derecho de voto en una serie de casos en los que el acuerdo que se va a tomar le afecta especialmente (art. 190 LSC).

Estos casos se dan cuando se trata de adoptar un acuerdo que le autorice a transmitir participaciones de las que sea titular, que le excluya de la sociedad, que le libere de una obligación o le conceda un derecho, o por el que la sociedad decida anticiparle fondos, concederle créditos o préstamos, prestar garantías en su favor o facilitarle asistencia financiera, así como cuando, siendo administrador, el acuerdo se refiera a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios. Sus participaciones se deducirán del capital social para computar las mayorías.

Sociedad unipersonal

En el ámbito de las sociedades de capital, cabe la existencia de una **sociedad unipersonal**. Esta posibilidad regulada en la LSC refleja cómo el derecho de sociedades responde cada vez más a criterios puramente técnicos, de imputación de relaciones jurídicas y organización de la actividad empresarial. Se pierde con ello la idea clásica, tan personal o humana, de que la sociedad es una forma de aunar esfuerzos para el logro de un fin común.

Sociedades limitadas o anónimas laborales

Las sociedades anónimas o limitadas en las que más del 50% del capital sea de titularidad de los trabajadores por tiempo indefinido y a jornada completa pueden tener el carácter de sociedades laborales (Ley 4/1997, de 24 de marzo). Además, el número de horas al año trabajadas por los trabajadores por tiempo indefinido que no sean socios no pueden exceder del 15% en relación con el total de las trabajadas por los socios trabajadores. Estas sociedades tienen un trato fiscal ventajoso.

Sociedades profesionales

Son sociedades que tienen por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional, que es aquella para cuyo desempeño se requiere una titulación universitaria oficial o una titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial y la inscripción en el correspondiente colegio profesional. Por lo tanto, es la propia sociedad la que actúa como abogado, economista, auditor o médico, por ejemplo. Pueden constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes y se rigen por lo dispuesto en la Ley 2/2007, de 15 de marzo y, supletoriamente, por las normas correspondientes a la forma social adoptada, con lo que los socios responderán en función de dicha forma.

5) La Sociedad Limitada Nueva Empresa.

La LSC regula la sociedad nueva empresa como limitada especial (art. 434 LSC), con un capital que no puede ser inferior a 3.000 euros ni superior a 120.000 euros, que se puede constituir con rapidez utilizando medios telemáticos y que disfrutaba, además, de un régimen de contabilidad simplificado. La inscripción puede lograrse cumpliendo una serie de requisitos a las 48 horas de otor-

gar la escritura. Estas facilidades, sin embargo, se ven contrapesadas con una serie de reglas especiales más restrictivas que las de la limitada ordinaria. Así, además del límite máximo de capital social,

- la denominación social debe estar formada por los dos apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores, seguidos de un código alfanumérico;
- solo pueden ser socios las personas físicas, y no pueden ser más de cinco al crear la entidad;
- solo podrán llevarse a cabo modificaciones en su denominación, su domicilio social y su capital social; este último, dentro de los límites máximo y mínimo.

Este nuevo tipo social ha tenido muy poco éxito en la práctica, posiblemente porque las especialidades –totalmente innecesarias– que se introducen respecto al régimen de la limitada ordinaria la hacen poco atractiva.

Además, como hemos visto, el sistema telemático de creación se ha extendido a todas las SRL desde el año 2006 y el régimen simplificado de contabilidad ha sido derogado en el 2007. Las ventajas inicialmente fijadas, por lo tanto, ya no son tales.

6) La sociedad comanditaria por acciones.

La LSC ha incorporado la regulación que para la sociedad comanditaria por acciones contenía el Código de Comercio en los artículos 151 a 157. En esta sociedad, el **capital está dividido en acciones** y se integra por las aportaciones de todos los socios, lo cual la asemeja mucho a la sociedad anónima, pero a diferencia de esta, **uno de los socios, al menos, responde personalmente** de las deudas sociales como socio colectivo (art. 1.4 LSC). En la práctica es muy infrecuente utilizar este tipo social.

La peculiaridad de este tipo social radica en que a los administradores, por el mero hecho de serlo, se les trata como socios colectivos. Así, deberá figurar su nombre en los estatutos sociales; y, desde que aceptan el nombramiento hasta el momento de la publicación en el BORME de la inscripción de su cese, responden de las deudas sociales de forma personal, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente. La separación del cargo de administrador requiere la modificación de los estatutos sociales, y si esta tiene lugar sin justa causa, el socio tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios. Los socios no gestores son socios comanditarios.

La LSC también regula la sociedad anónima europea, que es una anónima que opera en varios países comunitarios (arts. 455 y ss.) y las sociedades cotizadas, que son sociedades anónimas cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado oficial de valores (arts. 495 y ss.). Por su parte, la Ley 3/2009,

Sociedad comanditaria por acciones

La sociedad comanditaria por acciones se rige en lo no previsto para este tipo social por lo establecido en la LSC para las sociedades anónimas (art. 3.2 LSC).

de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (LME) regula la transformación, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo, y el traslado internacional del domicilio social de las sociedades mercantiles (personalistas y capitalistas).

7.2.2. El estatuto jurídico del empresario

El Código de comercio no exige que el empresario individual (empresario persona física) se inscriba en el Registro Mercantil.

En este punto, hay que recordar que el empresario, como cualquier otra persona, está sujeto al principio de responsabilidad patrimonial universal y que el grado de exposición del patrimonio es más elevado cuando se desarrolla el comercio. Los mayores de edad que tengan la libre disposición de sus bienes (art. 4 del Ccom) están capacitados legalmente para ejercer el comercio.

El Código de comercio exige, por lo tanto, capacidad plena para **iniciar** el comercio. El principio de conservación del negocio que existe en derecho mercantil, sin embargo, permite que personas sin la capacidad requerida **continúen** el comercio: "Los menores de dieciocho años y los incapacitados podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o sus causantes" (art. 5 del Ccom). Por otro lado, el propio Código de comercio presume la habitualidad en el ejercicio del comercio *juris tantum*:

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

Por lo que respecta a las sociedades mercantiles, tienen que constar obligatoriamente en escritura pública y tienen que ser inscritas en el Registro Mercantil. La inscripción para el empresario social, a diferencia de lo que ocurre con el empresario individual, es constitutiva en el sentido de que, a partir de entonces, la sociedad tendrá la personalidad juridicomercantil y la plena capacidad de actuación en el tráfico.

Por otro lado, y por la incidencia que tienen en el tráfico, los empresarios están obligados a llevar una contabilidad ordenada que detalle sus operaciones (art. 25 y sigs. del Ccom). El Código de comercio obliga a llevar determinados libros (**contabilidad en sentido formal**): el **libro diario** y el **libro de inventarios y cuentas anuales**; y además, para las sociedades, será obligatorio el **libro de actas**. También podrán llevar otros libros que consideren convenientes. Al cerrar el ejercicio, los empresarios también tienen que formular las cuentas anuales de su empresa (**contabilidad en sentido material**), que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria. Estos documentos forman una unidad. El estado de flujos de efectivo no será obligatorio cuando así lo establezca una disposición legal. Las cuentas anuales se tienen que redactar con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio,

Empresario individual

Se considera empresario individual a quien, teniendo capacidad para ejercer el comercio, se dedica a él habitualmente (empresario persona física).

Libre disposición de bienes

La libre disposición de bienes, como hemos visto, se tiene mientras no se haya producido la incapacitación.

Menor emancipado

Un menor emancipado no podrá iniciar el ejercicio del comercio por cuenta propia porque no tiene la libre disposición de sus bienes.

de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. En la contabilización de las operaciones se tiene que atender a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica (art. 34 del Ccom).

Para desarrollar su actividad, el empresario necesita un soporte físico (el establecimiento mercantil) y la colaboración de personas que pueden estar sujetas a él por un contrato laboral (personal laboral) o que pueden ser auxiliares independientes (agentes, intermediarios, distribuidores, etc.) que suscriban con el empresario contratos de naturaleza mercantil.

7.2.3. El consumidor. Defensa de los intereses del consumidor

Hasta hace poco, el consumidor era el sujeto pasivo del mercado y, en consecuencia, sus intereses no se tenían en cuenta directamente a la hora de regular la actividad económica. La toma de conciencia de este hecho se produce a mediados del siglo XX en Europa y Norteamérica. En ese momento, ya se había constatado que la debilidad económica o la falta de información del consumidor favorecían que se aprovechara esta situación para imponerle condiciones contractuales abusivas y ofrecerle productos defectuosos. Y por esto, surge el movimiento de defensa del consumidor.

El Real Decreto Legislativo 1/2007

El RD Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, ha refundido en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos.

El texto refundido (TR) de la LGDCU considera consumidores o usuarios a las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Es decir, intervienen en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatarios finales, sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

TRLGDCU

Texto Refundido de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios.

El TRLGDCU incorpora, asimismo, las definiciones de empresario –persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada–, productor, producto y proveedor. El concepto de proveedor es el de cualquier empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, distinguiéndose del vendedor que, aunque no se define, es quien interviene en un contrato de compraventa a nivel de aplicación de esta ley, actuando en el marco de su actividad empresarial.

Estructurado en cuatro libros, en nuestra opinión, el más destacable es el segundo que regula las relaciones jurídicas privadas. En este libro se contienen las disposiciones generales de los contratos con los consumidores y se establece el régimen común del derecho de desistimiento en aquellos contratos en los cuales se prevé tal derecho, se prevé el régimen jurídico en materia de cláusulas contractuales no negociadas individualmente y cláusulas abusivas. Se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. El TRLGDCU recoge un listado de cláusulas abusivas (arts. 85 a 91) fortaleciéndose la protección del consumidor que adquiere una vivienda, considerando tales las que le trasladen gastos que correspondan al profesional, como los impuestos en los que el sujeto pasivo es el vendedor, o los gastos de las conexiones a los suministros generales de la vivienda.

También se regulan los contratos con consumidores celebrados a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles y el régimen de garantías y servicios posventa.

El libro tercero contiene el régimen de responsabilidad civil por daños causados por productos y servicios defectuosos y regula la responsabilidad civil causada por productos defectuosos y por el resto de los bienes y servicios.

En el libro cuarto, se incorpora la regulación específica sobre viajes combinados conteniéndose el régimen de resolución del contrato y el de responsabilidades.

En este contexto, también hay que destacar la **Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)**, que las conceptúa como las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, independientemente de la autoría material de éstas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, y que hayan sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

La contratación mediante condiciones generales es imprescindible en una economía masificada en la que no se puede discutir individualmente cada uno de los millones de contratos que se hacen. Estas condiciones generales pueden aparecer tanto en las relaciones de profesionales entre ellos como entre éstos y los consumidores. En un caso y en el otro, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, que sean conocidas o que haya posibilidad real de conocerlas (algunos casos de contratación no escrita) y que se redacten de manera transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige que no sean abusivas cuando se contrata con un consumidor. El concepto de *cláusula contractual abusiva* tiene, por lo tanto, su ámbito propio en la

Cláusulas abusivas

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará conforme a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código civil y el principio de buena fe objetiva. (art. 83 TRLGDCU).

relación con los consumidores. La LCGC establece que las cláusulas pactadas con condiciones generales que sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles no formarán parte del contrato (tanto si se pacta con los consumidores como si no).

Cada vez es mayor la atención que, tanto en el plano nacional como comunitario, se presta al consumidor o usuario como partícipe fundamental en el mercado. Reflejo de ello es la normativa dirigida a regular instituciones relacionadas con el tráfico patrimonial privado. Así, al margen de otras normas que veremos más adelante, podemos citar:

1) **Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.** La protección a los consumidores se centra en la publicidad, en informarlos y en determinar conceptos como el coste total del crédito y la tasa anual equivalente (TAE), e intenta servir también para dar más transparencia al coste de los créditos y para poder contrastar las diferentes ofertas.

2) **Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.** No sólo mira de establecer unas reglas del juego en el sector de la distribución y de regular nuevas fórmulas contractuales, sino también de corregir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales y, sobre todo, de mantener la libre y leal competencia, cosa que se materializa en una mejora continuada de los precios y de la calidad y en otras condiciones de la oferta y el servicio al público, lo que significa un beneficio para los consumidores.

7.3. Medios de protección del funcionamiento correcto del mercado

7.3.1. La libre competencia y la lealtad competencial en el mercado

Como hemos visto, la libre competencia es un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera forma –y más importante– en la que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La **Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)** intenta garantizar que haya una competencia suficiente y protegerla ante cualquier ataque contrario al interés público. La ley establece una serie de conductas prohibidas:

En primer lugar (art. 1.1 de la LDC), se prohíben los acuerdos entre empresas que tengan como objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo el mercado nacional o en una parte. Estos acuerdos se llaman *prácticas colusorias* (p. ej., los acuerdos para fijar

precios u otras condiciones comerciales o de servicio, para limitar o controlar la producción o la distribución, para repartirse el mercado o las fuentes de aprovisionamiento, etc.).

En segundo lugar, se prohíbe (art. 6 de la LDC) el **abuso de posición dominante** en el mercado: no la posición de dominio por sí misma, sino el abuso (p. ej., imponer precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos, limitar la producción o la distribución en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores, negarse injustificadamente a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios, etc.). Los arts. 1 y 6 de la LDC son un reflejo fiel de los arts. 81 y 82 del TCE.

Los artículos 81 y 82 del TCE son los actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

La LDC prevé determinados supuestos de autorización de las prácticas colusorias si contribuyen a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico (el abuso de posición dominante nunca se puede autorizar) y el procedimiento para hacerlo posible. También establece medidas de control de las concentraciones de empresas para evitar que se creen grupos de empresas que saturen un sector económico concreto y un control de las ayudas públicas para evitar que esto afecte a las empresas competidoras.

Otra faceta de la competencia que también está regulada es la de la lealtad en la competencia. La **Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD)** introdujo un cambio radical en la concepción tradicional del derecho de la competencia desleal, que pasó de concebirse como un ordenamiento dirigido a resolver los conflictos entre competidores a convertirse en un instrumento de ordenamiento y control de las conductas en el mercado y de los intereses colectivos del consumo. Esta norma se ha visto notablemente modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. La competencia desleal se articula ahora sobre la base de una cláusula general que reputa como desleal "todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe" (art. 4 de la LCD); de una enumeración de conductas tipificadas como desleales en general (arts. 5 y ss. LCD) y de una enumeración de prácticas específicamente desleales para con los consumidores o usuarios (arts. 19 y ss LCD).

Conductas desleales en general

Son conductas desleales crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos (actos de confusión), utilizar o difundir indicaciones incorrectas o falsas y omitir las verdaderas (actos de engaño), y hacer manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado (actos de denigración), etc.

Prácticas desleales con los consumidores o usuarios

Así se prevén las engañosas dirigidas a crear a los consumidores o usuarios confusión, incluido el riesgo de asociación, con cualesquiera bienes o servicios, marcas registradas,

nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, siempre que sean susceptibles de afectar al comportamiento económico de los consumidores y usuarios, las engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad, las prácticas señuelo y promocionales engañosas, las engañosas en la posventa, las prácticas de venta piramidal, las encubiertas, las agresivas por coacción; las agresivas por acoso o las agresivas en relación con los menores.

7.3.2. La transparencia y la información en el mercado

Un segundo supuesto necesario para que el mercado funcione adecuadamente es que se proporcione información a todos aquellos que participen en él, es decir, que haya transparencia.

La transparencia del mercado se consigue fundamentalmente mediante tres instituciones jurídicas:

- 1) Los **signos distintivos**, que identifican a empresarios, productos y establecimientos en el mercado.
- 2) La **publicidad comercial**, que da noticia sobre los productos.
- 3) La **publicidad legal**, que hace públicos los datos de los empresarios que participan en ella.

La transparencia en el mercado proporciona así seguridad y permite tomar decisiones basadas en una información previa, adecuada y suficiente.

1) Los signos distintivos

Los signos distintivos del empresario se regulan por la **Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (LM)**. La ley regula la marca y el nombre comercial y suprime el carácter registral del rótulo del establecimiento (existente con la anterior Ley 32/1988, de Marcas), y deja la protección de esta modalidad de propiedad industrial a las normas comunes de competencia desleal.

La **marca** se define como "todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras".

Y prevé que estos signos pueden consistir en los elementos siguientes:

- a) las palabras o las combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar a las personas;
- b) las imágenes, las figuras, los símbolos y los dibujos;
- c) las letras, las cifras y sus combinaciones;
- d) las formas tridimensionales, entre las que se incluyen los envoltorios, los envases y la forma del producto o su presentación;
- e) los sonidos, y
- f) cualquier combinación de los signos que, con carácter enunciativo, se mencionan en los apartados anteriores (art. 4 de la LM).

Por su parte, el **nombre comercial** se define como "todo signo susceptible de representación gráfica que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares".

La marca y el nombre comercial son derechos de uso exclusivo, de manera que una vez inscritos en la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM), su titular disfruta de un derecho de monopolio sobre su uso que puede durar toda la vida, ya que se conceden por diez años prorrogables indefinidamente por períodos de la misma duración.

Igual que los signos distintivos, los derechos sobre las invenciones constituyen lo que se conoce como *derechos de propiedad industrial*, y se caracterizan por ser derechos de explotación exclusiva. La **Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad (LP)** regula ambas modalidades de propiedad industrial. La **patente** es un certificado expedido por la OEPM que concede a su titular la exclusiva del derecho de explotación de una invención de aplicación industrial durante veinte años improrrogables. La LP determina que son patentables las invenciones nuevas que implican una actividad inventiva y que son susceptibles de aplicación industrial y, después de la Ley 10/2002, de 29 de abril, se admite la patentabilidad de las invenciones biotecnológicas (art. 4 de la LP).

El **certificado de protección del modelo de utilidad** es un certificado expedido por la OEPM que otorga la exclusiva de la explotación, durante diez años improrrogables, de una invención que, siendo nueva e implicando una actividad inventiva, consista en dar a un objeto una configuración, una estructura o una constitución que produzcan alguna ventaja apreciable en la práctica para su uso o fabricación (p. ej., utensilios, instrumentos, herramientas, aparatos, dispositivos o partes de éstos). La altura inventiva necesaria para el certificado de protección del modelo de utilidad es más reducida que la requerida para la patente; además, ésta requiere novedad mundial y el certificado, novedad en el ámbito del Estado español.

Por su parte, la **Ley 20/2003, de 7 julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial** establece el régimen jurídico de la protección de la propiedad industrial del diseño, y lo define como la apariencia de todo un producto o de

una parte derivada, en particular, de las características de las líneas, los contornos, los colores, la forma, la textura o los materiales del producto por sí mismo o de su ornamentación (art. 1).

2) La publicidad comercial privada

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP) establece, a efectos de su aplicación, el concepto de *publicidad*, que limita a la publicidad comercial privada:

"Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones." (art. 2 de la LGP)

Esta ley establece las disposiciones generales y los tipos de publicidad ilícita. También regula los contratos publicitarios.

La LGP (reformada por la Ley 29/2009) declara **ilícita**:

a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y los derechos reconocidos en la Constitución, especialmente aquellos a los que se refieren los artículos 14 (igualdad), 18 y 20, apartado 4 (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la imagen propia y a la protección de la juventud y de la infancia). Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvante a generar la violencia a la que se refiere la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Después de la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se incluyen los anuncios que presenten a las mujeres de manera vejatoria, o bien utilizando particularmente y directamente su cuerpo o partes de éste como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, o bien usando su imagen asociada con comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento.

b) La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.

c) La publicidad **subliminal**, definida como la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.

d) La publicidad **que infrinja lo que dispone la normativa** que regula la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

e) La **publicidad engañosa**, la **publicidad desleal** y la **publicidad agresiva**, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.

3) La publicidad legal. El Registro Mercantil

El Registro Mercantil es un instrumento de publicidad para la seguridad del tráfico juridicomercantil. Como oficina pública, está en todas las capitales de provincia y otras ciudades previstas reglamentariamente, y se encargan de él uno o diversos registradores mercantiles, que dependen de la Dirección General de los Registros y del Notario del Ministerio de Justicia. También puede ser considerado como el conjunto de libros que se conservan bajo la responsabilidad del registrador.

El objeto del Registro Mercantil es inscribir los actos y los contratos relativos a los empresarios y otros sujetos inscribibles, legalizar los libros de los comerciantes, depositar las cuentas anuales de los empresarios y otros sujetos obligados a depositarlos, y tramitar los expedientes para designar a expertos y auditores. El Registro Mercantil es un registro de personas (los empresarios), a diferencia del Registro de la Propiedad, que es un registro de bienes.

La inscripción del empresario individual es facultativa y la de las sociedades es obligatoria. Para facilitar la información, existe el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (BORME), en el que se publica el extracto de todas las inscripciones hechas en el Registro. Y además el Registro es público, de manera que cualquier persona interesada puede solicitar información de los datos que figuran en él. La publicidad de los datos registrales beneficia a quien los hace públicos, de tal manera que una vez publicados los datos en el BORME, son oponibles a cualquiera tercero aunque no los conozca (principio de oponibilidad).

Si una sociedad ha destituido a su administrador y posteriormente éste suscribe con un tercero (p. ej., un cliente habitual de la sociedad) un contrato actuando en nombre de la sociedad, una vez publicada la destitución en el BORME, la

sociedad ya no quedará obligada por este contrato. Si el contrato suscrito fuera anterior a la publicación, la sociedad quedaría obligada por éste, lo tendría que cumplir.

7.4. La regulación del comercio electrónico

El comercio electrónico y, en general, la contratación a distancia plantean problemas nuevos respecto de la contratación "tradicional". En particular, puede ser que se ignore la identidad de quien ofrece los productos (con las dificultades que esto comporta a la hora de hacer una reclamación), no existe la seguridad de que el mensaje que recibimos no haya sido manipulado por terceros, el producto real puede ser diferente del ofrecido en la Red, puede llegar tarde, etc. En definitiva, en este ámbito no existen los mecanismos de control real que permite la compra presencial.

Todos estos problemas que plantea la negociación por Internet se han intentado solucionar con diversas normas, de las que destacan dos en el derecho español (al margen de las modificaciones introducidas por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, en materia de contratos a distancia).

En este sentido, la **fidedignidad** (sin manipulación) y la **confidencialidad** de los mensajes electrónicos se pueden conseguir utilizando una **firma electrónica reconocida**, que equivale a la firma manuscrita a efectos jurídicos. Este concepto y las garantías que se tienen que cumplir para que los dispositivos de creación de firmas se puedan considerar seguros se regulan en la **Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica**. Cualquier mensaje enviado por vía electrónica (p. ej., un correo electrónico) es una firma electrónica, una comunicación de voluntad hecha por esta vía; pero únicamente equivale a la firma manuscrita si el emisor dispone de los mecanismos de cifrado y de envío que aseguren que no ha habido ninguna manipulación por parte de terceros. Ésta es la materia, junto con otras cuestiones, que regula la ley.

Por su parte, la **Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSICE)** ha comportado una nueva regulación global de la contratación electrónica. En esta ley se recoge un concepto amplio de **servicios de la sociedad de la información**, que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por este medio (p. ej., lo que hacen los diarios o las revistas que se pueden encontrar en la Red); las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la Red; la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones; la realización de copias temporales de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios; el alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros, o la provisión de instrumentos de investigación o de enlaces a otros sitios de Internet, y también cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (como la descarga de ficheros de vídeo o audio), siempre que represente una

Real Decreto 899/2009

El Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, ha aprobado la **carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas**. Estos derechos son, además de los reconocidos por el TRLGCU, el de obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija, a celebrar contratos y rescindirlos, así como a cambiar de operador de forma segura y rápida con conservación del número telefónico, a la información veraz y actualizada sobre las condiciones ofrecidas por los operadores, a recibir servicios de comunicaciones electrónicas con garantías de calidad, a la continuidad del servicio, y a una indemnización en caso de interrupciones, a una facturación desglosada, a la desconexión de determinados servicios y a elegir el medio de pago, a una atención eficaz por el operador, a unas vías rápidas y eficaces para reclamar, a prestaciones especiales para personas con discapacidad y de renta baja, a una especial protección en la utilización de servicios de tarificación adicional y a la protección de los datos de carácter personal (art. 3 de la Carta).

actividad económica para el prestador. Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los buscadores o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet por medio del que lleve a cabo las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico.

La LSSICE ha sido reformada en diferentes ocasiones: a) por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones (BOE n.º. 264, de 4 de noviembre); b) por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (BOE n.º. 304, de 20 de diciembre); c) por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y redes públicas de comunicaciones (BOE n.º. 251 de 19 de octubre); y de) por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información (BOE n.º. 312, de 29 de diciembre).

Resumen

En este módulo, "Derecho privado: civil y mercantil", nos hemos ocupado de la persona como protagonista del derecho y de su actuación en el tráfico jurídico.

Desde el punto de vista del derecho civil, la persona se estudia como tal, sin ninguna calificación que la signifique. Se estudian las consecuencias jurídicas de determinados hechos biológicos (nacimiento y muerte) y los mecanismos de protección de la persona y de sus intereses patrimoniales en situaciones en las que no puede actuar por sí misma (protección del *nasciturus*, del ausente o del incapaz). El derecho civil también se ocupa de la persona jurídica, a la cual se reconocen facultades de actuación en el tráfico jurídico, de manera que puede ser titular de derechos y obligaciones, si bien para esto tiene que actuar por medio de sus órganos. Se tratan las maneras con las que la autonomía de la voluntad permite a las personas realizar negocios jurídicos con consecuencias patrimoniales. Y se estudia el régimen de responsabilidad al que está sometida la persona como consecuencia de haber contraído obligaciones de carácter contractual o extracontractual.

Desde el punto de vista del derecho mercantil, la persona interesa por su condición de empresaria, de persona física o jurídica que lleva a cabo una actividad de intermediación en el mercado de bienes y servicios. La condición de empresaria somete a la persona a un estatuto jurídico propio, el estatuto del empresario, y la obliga a llevar una contabilidad ordenada y adecuada de la actividad que hace. La condición de empresario persona jurídica se adquiere con la inscripción en el Registro Mercantil, registro que da publicidad a los actos que hacen los empresarios en el seno de su empresa. Como el elemento definidor del mercado es la competencia, en una economía de mercado hace falta tutelarla jurídicamente y arbitrar las medidas necesarias para que haya transparencia en este mercado. Y todo esto, sin perder de vista a la otra parte que interviene en el mercado, el consumidor, cuyos intereses merecen una protección especial, porque se trata de la parte débil. En este contexto, se puede destacar que la incorporación de España a la Unión Europea comporta una tarea de adaptación continua a las pautas marcadas por sus instituciones con el objetivo de conseguir la unidad de mercado entre los estados miembros.

Ejercicios de autoevaluación

1. Negocio jurídico

Dos amigos están en un bar, han tomado varias copas y hablan y hacen broma continuamente. Uno de ellos, Pedro, que tiene el décimo de lotería núm. 55.793, coge una servilleta y escribe lo siguiente:

"Núm. 55.793. El gachó que exhibe el presente aforó la cantidad de mil legañas pa que se endime la tosta y uséase una pasta mu gansa pa en el caso de que los guarismos indicaoos al frontis sean agraciados en el sorte de la lote del día 21 de diciembre de 1984, son mil chulas". Y al final escribe "autógrafo" y firma.

Pedro entrega la servilleta a su amigo Antonio, que después afirmará haber pagado las mil pesetas por la servilleta (cosa que negará Pedro).

En el sorteo de Navidad resulta premiado el número 55.793. Antonio le pide a Pedro que le entregue la cantidad correspondiente a las mil pesetas y, al negarse Pedro, Antonio lo demanda alegando que hubo un negocio jurídico válido.

¿Tiene razón Antonio?

2. Derechos reales

Guillermo es propietario de una plaza de garaje que figura inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad. Decide venderla en documento privado a Elena y José M^a en el año 1995. Después de la venta, el banco X embarga la plaza de garaje a Guillermo por una deuda que éste no ha pagado, y la plaza se subasta en 1996 y se adjudica a Laura, que inscribe la adquisición en el Registro de la Propiedad. Cuando Elena y José M^a deciden inscribirla, acuden al Registro y se enteran de que la plaza de garaje ha sido adjudicada a Laura, y la demandan alegando que la propiedad les pertenece porque la han adquirido antes que Laura.

¿Podrá Laura mantener la propiedad de la plaza de garaje?

3. Signos distintivos

La empresa española C es titular de una marca mixta (denominación con gráfico) que representa la imagen de la Victoria de Samotracia entre dos columnas y apoyada en un pedestal sobre otra más alta en la que figura el vocablo *nike*. Esta marca se registró en 1932 para medias, calcetines y géneros de punto. En 1990, se amplió con el fin de distinguir también camisas, camisetas, pantalones, trajes de baño, chándales y otras piezas de ropa. En 1991, se usó la marca variando el diseño, que era un librito en la portada del cual figuraba el vocablo *nike* con letras blancas inclinadas hacia la derecha sobre fondo rojo, y en la segunda página la imagen de la Victoria de Samotracia.

La empresa americana Nike demanda a la española en 1991 porque utiliza su marca, cosa que crea confusión en el mercado. Alega que, al no haberse utilizado la marca española durante el período entre 1932 y 1990, ha caducado y que, además, se aprovecha de su renombre para modificar la marca y presentarla de manera confusa en relación con la americana.

¿Tiene razón la Nike americana?

4. La S. R. L. "Alfa" demanda a la S. A. "Beta" por incumplimientos de esta, para pedir la extinción del contrato de obra con suministro de materiales que habían celebrado y reclamarle cantidades atrasadas. También demanda a los socios de "Beta, S. A." D. Luis Miguel, D. Gabino, D. Emilio, D. Luis Ángel y D. Rodrigo. "Alfa, S. R. L." también quiere que se declare la responsabilidad solidaria de los socios personas físicas. De este modo, no solo puede contar con el patrimonio de la sociedad, sino también de los socios.

¿Puede prosperar la pretensión de "Alfa, S. R. L." de contar con la responsabilidad patrimonial de los socios de "Beta, S. A." si no hay fraude ni culpa de estos?

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. Podéis ver la STS de 24 de julio de 1989 (civil).
2. Podéis ver la STS de 23 de mayo de 1989 (civil) y la STS de 24 de octubre de 1994 (civil).
3. Podéis ver la STS de septiembre de 1999 (civil) y la STC 2004/8, de 9 de febrero.
4. Ver la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de enero de 2005.

Abreviaturas

art. Artículo o artículos.

BOE *Boletín Oficial del Estado.*

BORME *Boletín Oficial del Registro Mercantil.*

Cc Código civil.

Ccom Código de comercio.

CE Constitución española.

DGRN Dirección General de los Registros y del Notariado.

LAR Ley de Arrendamientos Rústicos.

LAU Ley de Arrendamientos Urbanos.

LC Ley Concursal.

LCD Ley de Competencia Desleal.

LCFEM Ley de Contratos celebrados fuera del Establecimiento Mercantil.

LCGC Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

LDC Ley de Defensa de la Competencia.

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil.

LGP Ley General de Publicidad.

LM Ley de Marcas.

LME Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.

Lmed Ley de mediación.

LOCM Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

LP Ley de Patentes.

LSC Ley de Sociedades de Capital.

LSSI Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

p. ej. por ejemplo.

STC Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS Sentencia del Tribunal Supremo o sentencias del Tribunal Supremo.

TFUE Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TUE Tratado de la Unión Europea.

TRLGDCU Texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios.

TS Tribunal Supremo.

Glosario

acto jurídico *m* Comportamiento voluntario de la persona que lo hace y al que el derecho atribuye una serie de consecuencias, independientemente de si han sido queridas o no por esta persona.

bien de dominio público *m* Bien que, además de pertenecer al Estado o a cualquier órgano de la Administración pública, es afecto a un uso público (camino, calles, obras públicas en general...) o se destina a un servicio público (murallas, minas...).

bien inmueble *m* Bien que no se puede mover.

bien mueble *m* Bien que puede ser desplazado sin que con eso se altere su naturaleza.

capacidad de obrar *f* Aptitud para poder ejercitar estos derechos y obligaciones. La capacidad de obrar faculta al individuo para obrar por sí mismo, y las limitaciones de esta capacidad dependerán de la situación en la que se encuentre el individuo en la sociedad.

capacidad jurídica *f* Aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. La tienen todas las personas por el simple hecho de serlo.

consumidor, -a *m y f* Persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

sin. usuario, -a

contrato *m* Acuerdo voluntario entre dos partes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica.

derecho personal *m* Derecho que implica una relación de deuda entre dos sujetos, un acreedor y un deudor, sin relación inmediata con ninguna cosa.

derecho privado *m* Derecho que se ocupa preferentemente de las relaciones entre particulares, los cuales por regla general pueden pactar libremente lo que consideren conveniente.

derecho público *m* Derecho que se ocupa prioritariamente de las relaciones de cada uno de estos particulares con la comunidad y que se basa en la idea de coacción o imposición.

derecho real *m* Derecho que constituye una relación inmediata, directa, entre el titular de éste y la cosa objeto del derecho. Esto impone a los terceros un deber de respeto y abstención hacia este derecho.

empresario, -aria *m y f* Persona física o jurídica que desarrolla, en nombre propio y habitualmente, una actividad de intermediación en el mercado de bienes y servicios y que adquiere la titularidad de los derechos y las obligaciones que son consecuencia de esta actividad.

estado civil *m* Cada una de las formas en las que se puede encontrar una persona en sociedad y de las que depende una determinada capacidad de obrar.

fruto *m* Rendimiento a la producción periódica del cual está destinado económicamente el bien que lo produce, sin que eso signifique que se altere su sustancia.

hecho jurídico *m* Hecho natural que se produce en el curso de la naturaleza y al que el derecho atribuye determinadas consecuencias.

herencia *f* Conjunto de relaciones jurídicas –derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte y que son transmisibles– que son objeto de la sucesión.

negocio jurídico *m* Comportamiento realizado por una persona que, además de voluntario, incide en el mundo jurídico, se rige por las reglas jurídicas que esta persona determina y tiene eficacia vinculante para las partes que intervienen reconocida por el derecho.

obligación *f* Relación existente entre dos sujetos por medio de la que uno de ellos (el acreedor) puede exigir al otro (el deudor) una prestación determinada (dar, hacer o no hacer alguna cosa), de cuyo cumplimiento responde éste con todo su patrimonio.

patrimonio *m* Conjunto de bienes y derechos de contenido económico que pertenecen a una persona.

persona jurídica *f* Entidad que resulta de la organización de personas o bienes destinados a conseguir un fin estable y duradero y en la que el derecho reconoce facultades y cualidades

propias de la persona física (p. ej., denominación, domicilio, nacionalidad, patrimonio, derechos y responsabilidades) para asegurar que cumpla este fin.

posesión *f* Simple tenencia de una cosa –o de un derecho real– independientemente del título que la pueda justificar, que puede no existir.

presunción *f* Juicio racional en virtud del cual se da por existente algún hecho que, aunque no se conoce si ha ocurrido o no, parece que realmente ha ocurrido según los datos de los que disponemos. Por lo tanto, en la presunción, hay racionalidad, se da por hecho un acontecimiento racionalmente posible.

principio de responsabilidad patrimonial universal *m* Medida para asegurar que se cumplen las obligaciones que el ordenamiento establece, de manera que todo el patrimonio del deudor, tanto presente como futuro, se sujeta al cumplimiento de sus obligaciones.

registro de la propiedad *m* Institución jurídica que tiene la finalidad de registrar los diferentes derechos reales sobre bienes inmuebles, de manera que los terceros puedan comprobar la existencia y la realidad de estos derechos.

Registro Mercantil *m* Instrumento de publicidad para la seguridad del tráfico jurídico-mercantil. Puede ser considerado como oficina pública y como conjunto de libros (en este caso, se escribe con minúsculas) que se conservan bajo la responsabilidad del registrador.

representación *f* Figura según la cual una persona (representante) actúa de manera que las actuaciones tienen trascendencia en derecho y en la que las consecuencias recaen sobre una tercera persona (representado). El representante sustituye la voluntad del representado, obra como si el propio representado fuera quien negociase.

sociedad anónima *f* Sociedad capitalista, en la que el capital social, cuyo mínimo es de 60.000 euros, se halla dividido en acciones y los socios responden de las deudas de la sociedad hasta el límite de su aportación.

sociedad colectiva *f* Sociedad personalista, en la que los socios colectivos responden de las deudas sociales personal, solidaria e ilimitadamente entre ellos y subsidiariamente con la sociedad.

sociedad comanditaria *f* Sociedad personalista, en la que existen dos tipos de socios, los colectivos, que responden de las deudas sociales de igual modo que los socios de la sociedad colectiva, y los comanditarios, que responden hasta el límite de su aportación.

sociedad de responsabilidad limitada *f* Sociedad capitalista, en la que el capital social, cuyo mínimo es de 3.000 euros, se halla dividido en participaciones y los socios responden de las deudas de la sociedad hasta el límite de su aportación.

sociedad limitada nueva empresa *f* Sociedad de responsabilidad limitada con un régimen especial.

sucesión mortis causa *f* Subrogación ('puesta en lugar de') de una persona en las relaciones jurídicas transmisibles de otra persona a causa de la muerte de esta última.

usuario, -aria *m y f* Podéis ver **consumidor, -a**.

Bibliografía

- Albaladejo, M.** (2010). *Compendio de Derecho Civil*. Ed. Bosch. Barcelona.
- Díez-Picazo, L.; Gullón, L.** (2011). *Instituciones de Derecho Civil*. Ed. Tecnos. Madrid.
- De la Cuesta (dir.); Valpuesta, E.; Torrubia, B.; Llorente, C. (coord.)** (2011). *Derecho mercantil I*. Huygens. Barcelona.
- De la Cuesta (dir.); Valpuesta, E.; Torrubia, B.; Llorente, C. (coord.)** (2012). *Derecho mercantil II*. Huygens. Barcelona.
- Lacruz Berdejo, J. L. y otros** (2002). *Elementos de derecho civil*. Madrid. Dykinson.
- Lasarte, C.** (2012). *Principios de derecho civil*. Madrid. Marcial Pons.
- Sánchez Calero, F.** (2011). *Instituciones de derecho mercantil*. Madrid: McGraw-Hill.
- Sánchez Calero, F.** (2010). *Principios de derecho mercantil*. Madrid: McGraw-Hill.
- Uría, R.** (1999). *Derecho mercantil*. Madrid: Marcial Pons.
- Vicent Chuliá, F.** (2007). *Introducción al derecho mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanch.