

El derecho mercantil como derecho del tráfico económico ejercido en el marco del mercado

Blanca Torrubia Chalmeta

PID_00200219



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-Compartir igual (BY-SA) v.3.0 España de Creative Commons. Se puede modificar la obra, reproducirla, distribuirla o comunicarla públicamente siempre que se cite el autor y la fuente (FUOC. Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya), y siempre que la obra derivada quede sujeta a la misma licencia que el material original. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/es/legalcode.ca>

Índice

Introducción	5
Objetivos	6
1. El sistema constitucionalizado de economía social de mercado	7
2. El derecho mercantil como derecho del tráfico económico ejercido en el marco del mercado	9
3. Sujetos que actúan en el mercado	11
3.1. El consumidor	11
3.1.1. Concepto de consumidor y razones de su defensa	11
3.1.2. Principales normas de defensa del consumidor	12
3.2. El empresario. Estatuto jurídico del empresario	14
3.2.1. El empresario, persona física	15
3.2.2. Desarrollo de la empresa por persona casada	16
3.2.3. La contabilidad del empresario	17
4. Institucionalización del mercado	18
4.1. Requisitos para la existencia de un "mercado"	18
4.2. La competencia lícita	18
4.2.1. Conductas prohibidas	19
4.2.2. Exenciones, conductas de menor importancia y declaraciones de inaplicabilidad	21
4.2.3. El control de las concentraciones económicas y las ayudas públicas	21
4.2.4. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia	22
4.3. La competencia leal	24
4.3.1. La cláusula general prohibitiva	25
4.3.2. Conductas desleales	26
4.3.3. Prácticas comerciales desleales con los consumidores ...	27
4.4. Los signos distintivos	27
4.4.1. La marca	28
4.4.2. El nombre comercial	30
4.4.3. Los nombres de dominio	31
4.5. Las invenciones	33
4.5.1. La patente	33
4.5.2. El modelo de utilidad	35
4.6. La publicidad comercial privada	35

4.7. La publicidad legal: el Registro Mercantil	37
5. La sociedad de la información.....	40
5.1. Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica	40
5.2. La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico	41
Resumen.....	45
Ejercicios de autoevaluación.....	47
Solucionario.....	49
Glosario.....	50
Bibliografía.....	51

Introducción

En este módulo hacemos una aproximación, desde un punto de vista jurídico, al modo como se desarrolla el tráfico patrimonial en el mercado. Para ello, partiremos de la "Constitución económica". A partir de ahí, estudiaremos las normas que regulan la libre competencia y la competencia leal, así como las que están dirigidas a proporcionar transparencia e información al mercado.

En este contexto, es importante conocer el estatuto jurídico del empresario en cuanto a conjunto de normas que le resultan aplicables en su condición de tal. En este módulo nos detendremos en el estatuto del empresario persona física, dejando para el siguiente módulo, "Sociedades mercantiles", el análisis de las normas que regulan los diferentes tipos sociales que integran lo que se conoce como empresario persona jurídica.

También estudiaremos algunas normas que regulan el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en cuanto que éstas han motivado importantes cambios en la concepción del mercado.

Objetivos

Los objetivos de este módulo son los siguientes:

- 1.** Comprender la necesidad de que exista una normativa reguladora del funcionamiento del mercado.
- 2.** Darse cuenta de que la evolución del mercado ha motivado la entrada de nuevos operadores económicos.
- 3.** Conocer y comprender las normas que constituyen el régimen jurídico del mercado.
- 4.** Conocer el estatuto jurídico del empresario persona física.
- 5.** Valorar el modo como la actuación de un empresario repercute en el mercado.

1. El sistema constitucionalizado de economía social de mercado

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.

La Constitución española (CE), 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 artículo 33, que reconoce el **derecho a la propiedad privada**, y el artículo 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 artículo 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 CE) y la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2 CE), no se podrá impedir, en ningún caso, el contenido esencial de la libertad de empresa.

Este contenido esencial de la libertad de empresa 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 acceso libre al mercado implica que cualquiera que lo desee pueda crear una empresa, y, si bien cabe fijar unos requisitos en función del sector de que se trate, cualquiera que cumpla tales requisitos deberá ser autorizado para actuar como empresa. El libre ejercicio supone que es la voluntad de las partes la que debe fijar, en lo esencial, el contenido del contrato y, especialmente, el precio.

Ejemplo

Hay sectores en los que la regulación para crear una empresa es más rigurosa porque afectan a un mayor grupo de personas a las que se supone una menor experiencia –especialmente los mercados de crédito, de valores y el mercado asegurador. Lo relevante en la libertad de acceso es que no exista un control discrecional para autorizar una empresa, sino una decisión reglada: todas las que cumplan los requisitos deben ser autorizadas. Para que exista libertad de ejercicio es fundamental la prevalencia del principio de autonomía de la voluntad, con la consiguiente libre formación de precios.

En la economía de mercado, el legislador considera que el sistema de mercado es el más adecuado para lograr una mejor asignación de los recursos. Aunque puede haber una regulación mínima para asegurar la coordinación con las exigencias de la economía general, se parte de que los operadores económicos en el ejercicio de su libertad van a lograr los mejores precios y calidades.

Nuestro sistema económico nunca podrá ser absolutamente, ni siquiera principalmente, totalitario en lo económico. Tampoco cabe el modelo liberal puro de absoluta ausencia de regulación legal, dado que lo impide el principio de Estado social y democrático de derecho.

Como ha señalado la doctrina, la iniciativa pública en la actividad económica debe someterse a los mismos principios que rigen la actividad de las empresas privadas. En otras palabras, una empresa pública deberá autofinanciarse, y, en caso contrario, desaparecer. Lo que no es factible es que una empresa pública deficitaria se mantenga enjugando sus déficits con cargo a fondos públicos. Esto, obviamente, no ocurre respecto a las empresas públicas que buscan cubrir un servicio esencial; pero sí respecto a las que actúan en un ámbito de la actividad económica ya cubierto por la iniciativa privada.

2. El derecho mercantil como derecho del tráfico económico ejercido en el marco del mercado

Nuestro derecho mercantil ha experimentado un cambio vertiginoso en poco tiempo. Importantes partes del articulado del Código de comercio –texto legal básico en materia mercantil– han sido derogadas y sustituidas por leyes especiales. También se han introducido en él modificaciones que han supuesto un completo alejamiento de los planteamientos históricos.

En este contexto, se ha de tener presente que 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 donde 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. Por ello, la legislación española está condicionada por las pautas que marcan las instituciones europeas en aspectos relativos al mercado.

La 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 éstos posibilitan el intercambio de bienes y servicios.

El tráfico económico puede definirse como el conjunto de actividades de producción y comercialización de bienes y servicios en el mercado. Y, como se ha señalado, el mercado se considera el sistema más idóneo para asignar eficientemente los recursos escasos y generar el máximo de riqueza.

El derecho mercantil ha pasado de centrarse en el tráfico de mercancías a ocuparse de la evolución del mercado, y presta especial atención al **derecho de la competencia** y de los **bienes inmateriales** (patentes, marcas...), así como a los **servicios**. Ya no es únicamente el empresario –comerciante individual y sociedades mercantiles– y su estatuto jurídico el centro de su regulación; ahora se estudian otros operadores económicos que intermedian en el mercado, como las **sociedades civiles** (por ejemplo, las SAT o sociedades agrarias de transformación reguladas por el Real decreto 1776/1981, de 3 de agosto), **sociedades de base mutualista** (cooperativas, mutuas de seguros y mutualidades de previsión social), **fundaciones** (reguladas por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, siendo de especial relevancia las cajas de ahorro y las fundaciones-empresas) y

Cita

"Son comerciantes para los efectos de este Código:

- los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente;
- las compañías mercantiles o industriales que se constituyen con arreglo a este Código" (art. 1 CdeC).

asociaciones (reguladas por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación). A todos estos operadores económicos resulta adecuado aplicar las normas de actuación en el mercado.

Pero además, vivimos en la era de la globalización, y este fenómeno requiere también de la adopción de normas –muchas de ellas de carácter mercantil– para dar solución a los problemas que plantea el intercambio de bienes y servicios más allá de las fronteras nacionales. La globalización puede resultar muy positiva si los países adoptan normas y decisiones que permitan asignar con eficiencia los recursos para generar riqueza porque:

El comercio internacional es el mejor remedio contra la guerra y la manera más efectiva de mantener la paz.

"El comercio internacional de cosas buenas (no el de armas) no hay que detenerlo, porque la sola caridad no resuelve los problemas. Hay que permitir a los países pobres que vendan sus productos en los países ricos, de acuerdo con las normas de la OMC, a fin de poner de manera inmediata la capacidad de compra y de desarrollo económico y técnico masivos en manos de 3.000 millones de seres humanos para que la humanidad sobreviva. Es un asunto más para la mentalidad de empresarios que de políticos, científicos y misioneros. Pero necesitamos normas y decisiones más equitativas."

Vicent Chulià (2008). *Introducción al derecho mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanch.

OMC

La OMC (Organización Mundial del Comercio) es la organización internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países. El objetivo es ayudar a los productores de bienes y servicios, a los exportadores e importadores a llevar adelante sus actividades. Fue creada tras las negociaciones de la Ronda de Uruguay (1986-94), y establecida el 1 de enero de 1995 en Ginebra (Suiza). Son miembros 153 países. <http://www.wto.org/indexsp.htm>.

Definición de globalización

La globalización es la "tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales" (Diccionario RAE, 22.ª ed.).

Comunidad Europea

La búsqueda de la paz tras la Segunda Guerra Mundial fue el objetivo que condujo a constituir la Comunidad Europea. Los países europeos querían evitar a toda costa que se volviera a repetir semejante matanza y destrucción.

3. Sujetos que actúan en el mercado

3.1. El consumidor

3.1.1. Concepto de consumidor y razones de su defensa

El art. 51 CE establece en su apartado primero que "los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos".

Como se aprecia, el consumidor que se concibe es un sujeto específico cuya actuación debe ser objeto de una especial defensa en el mercado. En 1984 se dictó la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios que, al haber sido muy reformada y completada posteriormente, ha dado lugar al texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 16 de noviembre del 2007 (TRLGDCU), que incorpora varias de las leyes de defensa del consumidor dictadas hasta entonces.

El art. 3 TRLGDCU considera consumidores o usuarios a "las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

En realidad nadie "es" consumidor (o todos lo somos), sino que una persona concreta "actúa como consumidor" cuando lo hace en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional.

La redacción original de la ley de 1984 daba un concepto distinto, conforme a qué consumidor era el que adquiría, utilizaba o disfrutaba como "destinatario final" bienes o servicios. El texto refundido ha aprovechado –con un evidente exceso de lo que corresponde a un texto refundido que no puede alterar las leyes que refunde– para adoptar fielmente el concepto de consumidor imperante en el derecho comunitario.

Tanto el derecho comunitario como el español parten de una concepción según la cual el consumidor se encuentra "desprotegido" frente al empresario porque conoce menos el producto o servicio y sus potencialidades y características (**asimetría de información**). No tiene el mismo poder de negociación frente a dicho empresario (no puede discutir "de tú a tú") y a menudo resulta sorprendido o confundido por el despliegue publicitario o por las técnicas sorpresivas de venta que aquél utiliza. Por ello, se considera que precisa de una protección especial, que es la que brindan las reglas contenidas en la ley.

Esta concepción paternalista del consumidor ha sido criticada desde otros ámbitos en los que se entiende que la verdadera protección del consumidor radica en potenciar que el mercado funcione bien (más información y más transparencia).

Se argumenta que es más fácil y barato proteger que educar, y que, a medio plazo, ello sólo genera que se creen sujetos acostumbrados a la heteroprotección.

3.1.2. Principales normas de defensa del consumidor

El TRLGDCU ha incorporado muchas normas que, hasta ahora, se contenían en leyes especiales que trasponían distintas directivas comunitarias dictadas en materia de protección de consumidores, leyes que han sido derogadas. Algunas de estas normas –como tendremos ocasión de ver al abordar la contratación con consumidores en el módulo 3– son las relativas al régimen de las cláusulas abusivas o a la garantía del comprador consumidor cuando el bien no es "conforme".

El TRLGDCU:

a) Establece la protección de los consumidores en el caso de **contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles**. En estos casos, se defiende al consumidor de la presión psicológica con que en muchos casos contrata en estos supuestos (por ejemplo, cuando negocia en su domicilio sin que haya sido él quien ha llamado al empresario). El contrato ha de formalizarse por escrito, en doble ejemplar; y lo más relevante es que el consumidor puede desistir del contrato en los siete días siguientes a su celebración, sin ningún gasto, ni siquiera los de devolución (arts. 107 a 113).

b) Regula la **responsabilidad civil por los daños causados por "productos defectuosos"**. Éstos no son los que tienen defectos, sino los "inseguros", los que "no ofrecen la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación". De tales daños responden tanto el fabricante como el importador y, además en ciertos casos, el distribuidor, facilitando así la reclamación del perjudicado, que no tiene que probar negligencia alguna ni dolo de dichos responsables (arts. 128 a 149).

La idea fundamental en estos casos es que fabricante e importador responden de forma objetiva, esto es, con independencia de que hayan sido diligentes. Ha habido casos de caramelos que han quedado cruzados en la garganta de un niño, causándole la muerte, y eso es un producto defectuoso porque ha causado la muerte por su tamaño, con independencia de que todos los fabricantes los hagan de esas dimensiones o de que la normativa aplicable no establezca un tamaño mayor obligatorio.

c) Regula los **viajes combinados**, que son aquellos donde se combinan obligaciones de transporte de viajeros con otras, como alojamiento, manutención, etc., y establece unos derechos mínimos del consumidor (arts. 150 a 165).

d) Contiene normas sobre la información que debe darse al consumidor con carácter previo a la contratación (art. 60), reglas generales sobre el derecho de desistimiento que se permite en ciertos supuestos (arts. 68 a 79) o una regulación de los contratos celebrados a distancia (arts. 92 a 105), que se superpone a la que aún se mantiene vigente en la **Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista**. También realiza una regulación general de los derechos de los consumidores en otros ámbitos no contractuales y establecen mecanismos especiales de protección (por ejemplo, por medio de las asociaciones de consumidores y usuarios e implantando acciones procesales especiales).

En el ámbito de la protección del consumidor, también cabe citar las siguientes normas:

1) **Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)**, que las conceptúa como 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

2) 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 aspectos, 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.

Es destacable la facultad que se concede al consumidor de poder ejercitar los derechos que le correspondan no solo 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.

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 préstamo 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.

3) Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Esta norma no sólo intenta establecer unas reglas del juego en el sector de la distribución y de regular nuevas fórmulas contractuales, sino también 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. Esta norma se ha modificado en algún precepto por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para Garantizar la Estabilidad Presupuestaria y de Fomento de la Competitividad.

3.2. El empresario. Estatuto jurídico del empresario

El empresario es 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 empresario puede realizar su actividad empresarial directamente o por medio de representantes, pero lo que hagan esos representantes repercute en el patrimonio de aquél. Este es el significado de la actuación en nombre propio.

Ejemplo

El auxiliar del empresario que se dedica a organizar la actividad de distribución de productos no es empresario, pues aunque realice una actividad empresarial, no actúa por cuenta propia sino del empresario. Su actuación no repercute en su patrimonio sino en el patrimonio del empresario.

El concepto jurídico de empresario es diferente del concepto económico, que lo contempla como la persona que directamente y por ella misma organiza los factores de la producción (capital y trabajo). El derecho permite que el empresario desarrolle la actividad empresarial directamente o que ésta se desarrolle en su nombre por personas delegadas. Por ello, pueden tener la condición de

empresarios los menores, incapaces o ausentes, a pesar de que la actividad se desarrolle por sus representantes y las personas jurídicas (sociedades), que necesariamente han de valerse de personas físicas.

Empresario puede ser tanto la persona física como la persona jurídica; y, de hecho, la mayor parte de las empresas son sociedades anónimas o de responsabilidad limitada (figuras que estudiamos más adelante). La catalogación como empresario comporta, por un lado, la sujeción a un conjunto de normas específicas que integran el llamado *estatuto jurídico del empresario*; por otro, la calificación como *mercantiles* de determinados contratos por el hecho de intervenir en ellos en su condición de empresario (comisión, depósito, préstamo, etc.). El Código de comercio todavía se refiere al empresario como "comerciante".

Responsabilidad patrimonial universal

El empresario, sea persona física o jurídica, al igual que el resto de personas, está sujeto al principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 Cc); si bien, el grado de exposición del patrimonio es más elevado cuando se desarrolla una actividad empresarial.

El concepto jurídico de empresa también difiere del económico, que la concibe como un organismo integrado por la actividad del empresario, el trabajo de sus auxiliares y los bienes necesarios para conseguir el fin lucrativo que persigue. Desde un punto de vista jurídico, la **empresa es la actividad** que realiza el empresario; ésta se caracteriza por ser planificada y estar dirigida a la intermediación de bienes o servicios en el mercado.

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 suscriben con el empresario contratos de naturaleza mercantil.

3.2.1. El empresario, persona física

El Código de comercio (art. 1) considera **empresario persona física** a quien, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedica a él habitualmente.

Dos son, por lo tanto, las condiciones requeridas para ser empresario: capacidad y ejercicio habitual. Tienen capacidad para ejercer el comercio los mayores de edad que tengan la libre disposición de sus bienes (art. 4 CdeC). Por lo que respecta a la habitualidad en el ejercicio del comercio, el propio código la presume *iuris tantum* (salvo prueba en contra): "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 CdeC).

No se exige al empresario persona física (a excepción del naviero) que se inscriba en el Registro Mercantil. Lo contrario ocurre con las sociedades mercantiles, que han de constar obligatoriamente en escritura pública y estar inscritas en el Registro Mercantil. La inscripción para el empresario social es constitutiva, en el sentido de que, a partir de entonces, la sociedad tendrá la personalidad jurídico-mercantil y la plena capacidad de actuación en el tráfico.

Registro Mercantil

De acuerdo con el artículo 19.1 del CdeC, la inscripción en el Registro Mercantil será potestativa para los empresarios individuales, con excepción del naviero.

Aunque el Código de comercio exige al empresario individual capacidad plena para **iniciar** el comercio, el principio de conservación del negocio que impera en derecho mercantil permite que personas sin la capacidad requerida **continúen** el comercio que ejercían otras personas. El artículo 5 dispone a este respecto: "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".

Caso de los menores

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

3.2.2. Desarrollo de la empresa por persona casada

El Código de comercio dicta una serie de normas que intentan determinar qué bienes del cónyuge empresario quedan sujetos a las resultas de su actividad (los terceros acreedores pueden contar con ellos) y cuáles no.

Como ya sabemos, del matrimonio se derivan una serie de intereses pecuniarios, tanto en las relaciones de los cónyuges entre ellos como en sus relaciones con terceras personas. Al conjunto de reglas que delimitan estos intereses se le denomina *régimen económico matrimonial*. El Código civil establece que entre los cónyuges rige el régimen económico matrimonial que pacten libremente (art. 1315 CdeC) y que éste podrá ser modificado por ambas partes en cualquier momento (art. 1325 CdeC). 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; en cuyo caso rige el **régimen de sociedad de gananciales** (art. 1316 CdeC), a menos que los cónyuges hayan pedido que no se aplique. Si es así, se regirán por el **régimen de separación de bienes** (art. 1435.2 CdeC).

En el régimen de sociedad de gananciales hay dos tipos de bienes: a) los **comunes**, que son los adquiridos durante el matrimonio a título oneroso –incluidas las rentas del trabajo–, y b) los **privativos** de cada cónyuge, que son los adquiridos por cada uno de ellos antes del matrimonio y 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 ha de contribuir a sostener las cargas familiares de manera proporcional. Si se extingue el matrimonio, no hay reparto 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.

Pues bien, el Código de comercio establece una serie de normas (arts. 6 a 12) para los casos en los que el régimen económico matrimonial es el de **gananciales**.

Están sujetos a las resultas del comercio los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos por esas resultas (que son gananciales).

Para que los demás bienes gananciales queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges. Además, se presume otorgado ese consentimiento cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo y cuando al contraer matrimonio estuviera uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuara sin oposición del otro. Sin embargo, el consentimiento para obligar los bienes privativos del cónyuge del comerciante tendrá que ser expreso en cada caso. En ambos casos (consentimiento presunto y consentimiento expreso), el cónyuge del empresario puede revocarlo libremente. Los actos de consentimiento, oposición y revocación deben constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil. Los de revocación no podrán, en ningún caso, perjudicar derechos adquiridos con anterioridad.

3.2.3. La contabilidad del empresario

Por la incidencia que tienen en el tráfico, los empresarios están obligados a llevar una **contabilidad ordenada** que detalle sus operaciones (arts. 25 y ss. CdeC). Este régimen de contabilidad se establece en el artículo 25 y siguientes Código de comercio, muy reformados por la Ley 16/2007, de 4 de julio.

Todo empresario está obligado 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, 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 CdeC). Además, deben ser sometidas a auditoría si así lo acuerda el juzgado competente a instancia de persona interesada o si lo determina la ley.

4. Institucionalización del mercado

La institucionalización del mercado, esto es, el establecimiento de un régimen jurídico que contenga las reglas de funcionamiento del mismo y proteja a los que participan en él, resulta indispensable para lograr el progreso económico y evitar abusos.

4.1. Requisitos para la existencia de un "mercado"

Dos son los presupuestos esenciales para que pueda entenderse que existe mercado: "competencia" e "información". Si los operadores económicos compiten entre sí, buscarán atraer al comprador con el precio más bajo posible, la mejor calidad y/o una combinación de ambos. Y si existe información adecuada acerca de todas las ofertas, la elección será la que mejor satisfaga las apetencias del demandante de bienes o servicios.

La existencia y el correcto funcionamiento del mercado requiere, en primer lugar, que se garantice una **competencia libre y leal**. 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 competencia leal es la que se corresponde con las exigencias de la buena fe. En segundo lugar, la existencia y el funcionamiento adecuado del mercado precisa que se proporcione **información** a todos los que participan en él, es decir, que haya **transparencia**. Ello genera seguridad y permite tomar decisiones basadas en una información previa, adecuada y suficiente. La transparencia en el mercado se consigue fundamentalmente mediante tres instituciones jurídicas: a) los **signos distintivos**, que identifican a empresarios, productos y establecimientos en el mercado; b) la **publicidad comercial**, que da noticia sobre los productos, y c) la **publicidad legal**, que hace públicos los datos de los empresarios que participan en ella.

4.2. La competencia lícita

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 –y más relevante– forma de manifestación de la libertad de empresa. Una competencia efectiva entre empresas instruye la actuación de éstas y reasigna los recursos productivos de modo más eficiente. Esto repercute en beneficio del consumidor, dado que reduce los precios y aumenta la cantidad, variedad y calidad de los productos ofrecidos.

En nuestro país, la normativa que regula la libre competencia está integrada por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), el Reglamento de defensa de la competencia aprobado por RD de 22 de febrero del 2008 y la Ley 3/2013, de 4 de junio, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

La LDC –que deroga la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio– busca garantizar una competencia suficiente y protegerla frente a cualquier ataque contrario al interés público. La LDC tiene en cuenta la nueva normativa, tanto comunitaria (Reglamento del Consejo, de 20 de enero del 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y Reglamento de 16 de diciembre del 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea) como nacional (Ley de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia).

Los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea son los actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (versión consolidada publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), n.º C83, de 30 de marzo del 2010).

La ley establece una serie de conductas prohibidas.

4.2.1. Conductas prohibidas

La LDC regula, en primer lugar, las **conductas prohibidas**. Incluye tres tipos de categorías:

1) Las **prácticas colusorias** (art. 1 LDC), donde se incluye cualquier acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

a) la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;

b) la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones;

c) el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento;

d) la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;

Defensa de la competencia

De acuerdo con la Ley 15/2007, la defensa de la competencia es un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía.

e) la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Estas conductas son **nulas de pleno derecho**, salvo que estén amparadas por las exenciones que prevé la propia LDC.

Y así, no se aplicará la prohibición cuando las prácticas colusorias:

1) **Contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico**, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que: a) permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas; b) no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) no consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto a una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

2) **Cumplan las disposiciones establecidas en los reglamentos comunitarios** relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del TFUE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

3) **El Gobierno así lo declare mediante real decreto** para determinadas categorías de conductas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico.

2) **El abuso de posición dominante** por una o varias empresas de todo o parte del mercado nacional. (Nótese que se prohíbe el abuso, no la posición misma de dominio a la que se ha podido llegar de manera lícita).

Especialmente, el abuso podrá consistir en:

a) la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos;

b) la limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores;

c) la negativa injustificada para satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios;

d) la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;

e) la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

La prohibición del abuso de posición dominante se aplica incluso cuando la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal (art. 2).

3) Falseamiento de la libre competencia por **actos desleales** cuando con tales actos se afecte el interés público (art. 3 LDC).

4.2.2. Exenciones, conductas de menor importancia y declaraciones de inaplicabilidad

La Ley de Defensa de la Competencia prevé la posible **exención** de las conductas prohibidas cuando éstas se deriven de la aplicación de una ley; no así cuando se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal (art. 4 LDC). También regula las **conductas de menor importancia**, las cuales, por su escasa importancia, no son capaces de afectar de manera significativa a la competencia –conductas *de minimis*– y a las que tampoco se aplican las prohibiciones previstas (art. 5 LDC), y las **declaraciones de inaplicabilidad** de las prohibiciones de prácticas colusorias o abuso de posición dominante por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), cuando así lo requiera el interés público (art. 6 LDC).

4.2.3. El control de las concentraciones económicas y las ayudas públicas

El control de las concentraciones económicas busca establecer un régimen de seguimiento de aquellas que, por su importancia y efectos, pueden alterar la estructura del mercado nacional en forma contraria al interés público. La LDC define "concentración" a efectos de control y establece un procedimiento *simplificado* para aquellas operaciones menos susceptibles de afectar a la competencia.

Así, se entiende que se produce una concentración económica cuando tiene lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de:

- a) la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes;
- b) la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas;
- c) la creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma (art. 7 LDC).

El procedimiento de control que se prevé en la LDC se aplica a las concentraciones económicas siempre que concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes: **a)** que, como consecuencia de la concentración, se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 30% del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo, y **b)** que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere la cantidad de 240 millones de euros en el último ejercicio contable, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros (art. 8 LDC).

Las concentraciones económicas en las que concurren estos presupuestos deben notificarse a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con carácter previo a su ejecución. No pueden llevarse a efecto hasta que haya recaído y sea ejecutiva la autorización expresa o tácita de la Administración (salvo levantamiento de la suspensión) (arts. 8 y 38 LDC). La regulación de la LDC no afecta a las concentraciones de dimensión comunitaria reguladas en el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas, salvo que la concentración haya sido objeto de una decisión de remisión por la Comisión Europea a España, conforme a lo establecido en el citado reglamento.

También puede la CNMC, de oficio o a instancia de las administraciones públicas, analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados. En todo caso, debe emitir un informe anual, que tendrá carácter público, sobre las ayudas públicas concedidas en España.

Los órganos de defensa de la competencia de las comunidades autónomas pueden elaborar, igualmente, informes sobre las ayudas públicas concedidas por las administraciones autonómicas o locales en su respectivo ámbito territorial. Estos informes se remitirán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para su incorporación al informe anual. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de las funciones en este ámbito de la CNMC (art. 11 LDC).

4.2.4. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Las funciones que, en materia de defensa de la competencia, desempeñaba la Comisión Nacional de la Competencia, han quedado asumidas, tras la Ley 3/2013, por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

La Ley 3/2013 ha derogado los artículos de la LCD que contenían la regulación de la Comisión Nacional de la Competencia (composición, naturaleza jurídica, funciones...).

La CNMC tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios (art. 1.2 Ley 3/2013).

La CNMC está adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad, tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada y actúa con autonomía orgánica y funcional, y plena independencia del Gobierno, de las

Ley 2/2011

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible ha dado nueva redacción al art. 8 de la LDC, dejando exentas del procedimiento de control todas aquellas concentraciones económicas en las que, aun cumpliendo lo establecido en esta letra a), el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, siempre y cuando las partícipes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 % en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

administraciones públicas y de los agentes del mercado. La CNMC ejerce sus funciones en todo el territorio español y en relación con todos los mercados o sectores económicos.

La CNMC asume también las funciones que hasta ahora venían desarrollando la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, organismos que tras la Ley 3/2013 desaparecen.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejerce sus funciones a través de los siguientes órganos de gobierno:

a) El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

El Consejo es el órgano colegiado de decisión en relación con las funciones resolutorias, consultivas, de promoción de la competencia y de arbitraje y de resolución de conflictos, atribuidas a la CNMC, sin perjuicio de las delegaciones que pueda acordar. Se integra por diez miembros, incluido el presidente, nombrados por el Gobierno, y su mandato no puede exceder de seis años improrrogables (arts. 14 y 15 Ley 3/2013).

b) El presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que lo es también del Consejo y asume las funciones de dirección y representación.

Además, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia cuenta con cuatro direcciones de instrucción entre las que se halla la **Dirección de Competencia**, a la que corresponde la instrucción de los expedientes que en materia de defensa de la competencia prevé la LDC.

Las resoluciones del Consejo de la CNMC en el procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas pueden declarar: **a)** la existencia de conductas prohibidas por la LDC o por los artículos 101 y 102 TFUE, **b)** la existencia de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia, y **c)** no resultar acreditada la existencia de prácticas prohibidas. También pueden contener: **a)** la orden de cesación de las conductas prohibidas en un plazo determinado, **b)** la imposición de condiciones u obligaciones determinadas, ya sea estructurales o de comportamiento, **c)** la orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público, **d)** la imposición de multas, **e)** el archivo de las actuaciones, y **f)** cualesquiera otras medidas.

Las resoluciones del Consejo de la CNMC en el procedimiento de control en materia de concentraciones económicas pueden: **a)** autorizar la concentración, **b)** subordinar la autorización de la concentración al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes o condiciones, **c)** prohibir la concentración, y **d)** acordar el archivo de las actuaciones (art. 53 y 58 LDC).

Ahora bien, además de la CNMC, también hay otros órganos facultados para aplicar la LCD. Así, **los órganos competentes de las comunidades autónomas** ejercen en su territorio las competencias ejecutivas correspondientes en

Procedimientos administrativos

Los procedimientos para conductas prohibidas y de control de concentraciones económicas son de carácter administrativo, no judicial.

los procedimientos que tengan por objeto las conductas prohibidas, y el **Consejo de Ministros** puede intervenir en determinados supuestos en el procedimiento de control de concentraciones económicas (art. 13 y 14 LDC).

4.3. La competencia leal

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. La LCD se articula 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 LCD), una enumeración de conductas tipificadas como desleales (arts. 5 a 18) y una enumeración de prácticas desleales con los consumidores (arts. 19 a 31). También se contienen normas de carácter procesal (arts. 32 a 36) y relativas a los códigos de conducta que se pretenden fomentar entre las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores para que voluntariamente se asuman por los empresarios o profesionales. Estos códigos son una guía de buenas prácticas con los consumidores, para elevar el nivel de protección de éstos (arts. 37 a 39).

La LCD ha sufrido importantes cambios tras 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. Cambios debidos a la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo del 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales) y a la Directiva 2006/114/CE, de 12 de diciembre del 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Esta reforma persigue que la legislación protectora de los consumidores se integre de manera coherente dentro de la regulación del mercado para incrementar la tutela de aquéllos y para que la normativa del mercado no quede desintegrada.

La LCD determina su **ámbito objetivo y subjetivo** de aplicación. Por lo que respecta al ámbito **objetivo**, los comportamientos en ella previstos deben realizarse en el mercado y con fines concurrenciales.

Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión de las prestaciones propias o de un tercero en el mercado, ya tenga lugar antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no.

El ámbito **subjetivo** determina que la LCD resulte aplicable a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado (arts. 2 y 3 LCD).

4.3.1. La cláusula general prohibitiva

El artículo 4 LCD utiliza la buena fe como criterio para determinar la deslealtad de una conducta en el mercado al establecer lo siguiente:

Se reputa como desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

Además, por lo que respecta a las **relaciones con consumidores y usuarios**, la LCD determina que es contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional cuando es **contrario a la diligencia profesional**, de modo que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tiene en cuenta al consumidor medio.

El concepto de *consumidor medio* no ha sido acuñado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en términos estadísticos, sino como la reacción típica del consumidor normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos. Por lo tanto, tendrán que ser los tribunales quienes realicen su concreción en cada caso preciso.

También se protege a los grupos de **consumidores más vulnerables** exigiéndose que se tenga en cuenta la reacción típica del consumidor medio de un grupo especialmente vulnerable cuando el acto de competencia sólo es susceptible de alterar el comportamiento económico de ese grupo concreto de consumidores debido a circunstancias personales o sociales (presentar una discapacidad, tener afectada su capacidad de comprensión, o por su edad o su credulidad). Ello se entiende sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto a las que no se pretenda una interpretación literal.

El propio artículo 4 LCD determina, a los efectos de su aplicación, el significado de varios conceptos como los siguientes:

a) **Diligencia profesional:** nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado.

b) **Comportamiento económico del consumidor o usuario:** toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con a) la selección de una oferta u oferente; b) la contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo; c) el pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago; d) la conservación del bien o servicio, y e) el ejercicio de los derechos contractuales según los bienes y servicios.

c) **Distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio:** utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, con lo que hace que tome una decisión sobre su comportamiento económico que, de otro modo, no hubiera tomado.

4.3.2. Conductas desleales

La amplitud de la cláusula general no ha impedido que la LCD realice una también extensa tipificación de los actos concretos de competencia desleal, con la que se pretende dotar de mayor certidumbre a la disciplina. El catálogo incluye, junto a las más tradicionales prácticas de confusión (art. 6), denigración (art. 9) y explotación de la reputación ajena (art. 12), los actos de engaño y las omisiones engañosas (arts. 5 y 7), de violación de secretos (art. 13), de inducción a la infracción contractual (art. 14) y otros que sólo han cobrado un perfil nítido y riguroso en la evolución europea de las últimas décadas, tales como las prácticas agresivas (art. 8), la violación de normas (art. 15), la discriminación y dependencia económica (art. 16) y la venta a pérdida (art. 17).

De acuerdo con la finalidad de la ley, que es el mantenimiento de un mercado altamente transparente y competitivo, la redacción de los preceptos anteriormente citados ha estado presidida por la permanente preocupación de evitar que prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales. En este sentido, se ha tratado de hacer tipificaciones muy restrictivas, que, en algunas ocasiones, más que dirigirse a incriminar una determinada práctica, tienden a liberalizarla o, por lo menos, a zanjar posibles dudas acerca de su deslealtad. A este respecto, son significativos los artículos 10 (actos de comparación) y 11 (actos de imitación), a los que se añaden los actos de publicidad ilícita (art. 18) tras la reforma operada por la Ley 29/2009, e incluso los ya citados artículos 16 y 17 en materia de discriminación y venta a pérdida.

Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones: 1) acción declarativa de deslealtad; 2) acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura (asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición si la conducta todavía no se ha puesto en práctica); 3) acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal; 4) acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; 5) acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal si ha intervenido dolo o culpa del agente, y 6) la acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico. En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en los números 1 a 4, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o una declaración rectificadora cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo (art. 32 LCD).

Competencia desleal

El procedimiento por competencia desleal es un procedimiento judicial.

4.3.3. Prácticas comerciales desleales con los consumidores

La LCD declara que, sin perjuicio de la regulación contenida en el TRLDCEU, únicamente tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios las previstas en los artículos 21 a 31 y las previstas en los artículos 4 (cláusula general), 5 (actos de engaño), 7 (omisiones engañosas) y 8 (prácticas agresivas).

Además, la ley incorpora un catálogo de conductas que se reputan en todo caso y en cualquier circunstancia, prácticas comerciales desleales con los consumidores (arts. 21 a 31). Estas prácticas son: las engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad; las señuelo y promocionales engañosas; las engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa; las de venta piramidal; las engañosas por confusión y otras prácticas engañosas; las comerciales encubiertas; las agresivas por coacción, las agresivas por acoso y las agresivas con relación a los menores, y otras prácticas agresivas.

4.4. Los signos distintivos

Dentro de lo que se conoce como propiedad industrial, tradicionalmente se han englobado una serie de creaciones intelectuales que se hallan unidas a la empresa, bien porque sirven para distinguirla en el mercado (signos distintivos), bien porque tienen una aplicación industrial que facilita la producción o creación de bienes y servicios (invenciones). A pesar de responder a una finalidad distinta, los derechos relativos a las innovaciones técnicas –protección de una invención con aplicación industrial– y los referentes a los signos distintivos –identificación en el mercado del empresario y de sus productos o servicios–, tienen en común, junto con el resto de creaciones intelectuales, el hecho de conceder a su titular un derecho de exclusiva para la explotación económica de la patente o del signo distintivo. Ahora bien, el fundamento de la exclusiva es distinto en uno y otro caso. En la patente se liga a la idea de retribución o recompensa al creador por su innovación, por lo que se le conceden veinte años para obtener una rentabilidad; transcurridos éstos, la invención pasa a ser de dominio público (diez años en el certificado de protección del modelo de utilidad). Las invenciones contribuyen al desarrollo tecnológico del mercado. En materia de signos distintivos, el monopolio responde a su finalidad de distinción en el mercado; por eso, a diferencia de las patentes, son prorrogables de forma indefinida.

Los signos distintivos otorgan transparencia al mercado, ya que, mediante la marca, el consumidor o usuario identifica, de entre el ingente número de productos o servicios parecidos, aquellos que le satisfacen, y, mediante el nombre comercial, identifica el origen empresarial de los mismos.

En derecho español y por lo que respecta a los signos distintivos, la norma fundamental es la **Ley de Marcas, 17/2001, de 7 de diciembre** (LM), y su Reglamento de ejecución, aprobado por RD 687/2002, de 12 de julio (RM). La ley regula la **marca** y el **nombre comercial**, 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.

4.4.1. La marca

La LM define la **marca** 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 siguientes elementos:

- 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;
- f) cualquier combinación de los signos que, con carácter enunciativo, se mencionan en los apartados anteriores (art. 4 de la LM).

El sistema de marcas es un **sistema registral**; por ello, el derecho de propiedad sobre la marca se adquiere por el registro válidamente efectuado, de conformidad con las disposiciones de la Ley de Marcas (art. 2.1 LM). El Reglamento (CE) 207/2009 del Consejo de 26 de febrero del 2009 sobre la marca comunitaria (RMC) también adopta este criterio al establecer que "la marca comunitaria se adquirirá por el registro" (art. 6 RMC).

El registro de la marca se lleva a cabo en la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM), que es el organismo autónomo del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, encargado de conceder los títulos de propiedad industrial tras el examen de las solicitudes correspondientes.

El registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico.

Marca comunitaria

La marca comunitaria es una marca con validez en todo el territorio de la Unión Europea y registrada en la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Alicante).

La marca, al igual que el resto de derechos de propiedad industrial, otorga a su titular un derecho exclusivo y excluyente. Un derecho exclusivo porque la marca supone un monopolio de uso que puede durar toda la vida, ya que, como se ha señalado, se concede por diez años prorrogables indefinidamente por períodos de la misma duración. El derecho de marca es excluyente porque su titular dispone de un conjunto de facultades de exclusión frente a terceros (*ius prohibendi*). Esta faceta de carácter negativo o excluyente se recoge en el artículo 34 LM, que permite al titular **prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico:**

- a) cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada;
- b) cualquier signo que, por ser idéntico o semejante a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios, implique un riesgo de confusión del público (el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación entre el signo y la marca);
- c) cualquier signo idéntico o semejante para productos o servicios que no sean similares a los que esté registrada la marca, cuando ésta sea notoria o renombrada en España y, con la utilización sin justa causa del signo, se pueda indicar una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca o, en general, cuando tal uso pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dicha marca registrada.

Si se presenta cualquiera de estos tres supuestos, el titular de la marca **puede prohibir** a los terceros, en especial: a) poner el signo en los productos o en su presentación; b) ofrecer los productos, comercializarlos o almacenarlos con esos fines, u ofrecer o prestar servicios con el signo; c) importar o exportar los productos con el signo; d) utilizar el signo en los documentos mercantiles y la publicidad; e) usar el signo en redes de comunicación telemáticas y como nombre de dominio; f) poner el signo en envoltorios, embalajes, etiquetas u otros medios de identificación u ornamentación del producto o servicio, elaborarlos o prestarlos, o fabricar, confeccionar, ofrecer, comercializar, importar, exportar o almacenar cualquiera de esos medios, incorporando el signo si existe la posibilidad de que dichos medios puedan ser utilizados para realizar algún acto que, según las letras anteriores, estaría prohibido. También **puede impedir** que los comerciantes o distribuidores supriman dicha marca sin su expreso consentimiento, si bien no podrá impedir que añadan por separado marcas o signos distintivos propios, siempre que ello no menoscabe el rasgo distintivo de la marca principal.

El registro de una marca se otorga **por diez años**, contados desde la fecha de presentación de la solicitud, y podrá renovarse por períodos sucesivos de diez años (art. 31 LM).

El titular de una marca registrada puede acudir a los órganos jurisdiccionales para ejercitar las acciones civiles o penales oportunas contra quienes lesionen su derecho, y también para exigir las medidas necesarias para su salvaguardia. Asimismo, podrá intentar solucionarlo mediante la sumisión a arbitraje (art. 40 LM).

La LM recoge en el artículo 41 las acciones civiles que, en especial, podrá ejercitar:

- a) la cesación de los actos que violen su derecho;
- b) la indemnización de los daños y perjuicios sufridos;
- c) la adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación y, en particular, que se retiren del tráfico económico los productos, embalajes, envoltorios, material publicitario, etiquetas u otros documentos donde se haya materializado la violación del derecho de marca y el embargo o la destrucción de los medios principalmente destinados a cometer la infracción (estas medidas se ejecutarán a costa del infractor, salvo que se aleguen razones fundadas para que no sea así);
- d) la destrucción o cesión con fines humanitarios, si fuere posible, por elección del actor (y a costa siempre del condenado) de los productos ilícitamente identificados con la marca que estén en posesión del infractor, salvo que la naturaleza del producto permita la eliminación del signo distintivo sin afectar al producto, o la destrucción del producto produzca un perjuicio desproporcionado al infractor o al propietario, según las circunstancias específicas de cada caso apreciadas por el tribunal;
- e) la atribución en propiedad de los productos, materiales y medios embargados, en virtud de lo dispuesto en el punto c cuando sea posible, en cuyo caso se imputará el valor de los bienes afectados al importe de la indemnización de daños y perjuicios (si el valor mencionado excediera del importe de la indemnización concedida, el titular del derecho de marca deberá compensar a la otra parte por el exceso);
- f) la publicación de la sentencia a costa del condenado mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas.

4.4.2. El nombre comercial

La LM realiza una breve regulación del nombre comercial, dado que remite su regulación, en la medida en que no sean incompatibles con su propia naturaleza con las normas relativas a las marcas (art. 87.3 LM).

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" (art. 87.1 LM).

Pueden, en particular, constituir nombres comerciales:

- a) los nombres patronímicos, las razones sociales y las denominaciones de las personas jurídicas;
- b) las denominaciones de fantasía;
- c) las denominaciones alusivas al objeto de la actividad empresarial;
- d) los anagramas y logotipos;
- e) las imágenes, figuras y dibujos;
- f) cualquier combinación de los signos que, con carácter enunciativo, se mencionan en los puntos anteriores (art. 87.2 LM).

El registro del nombre comercial confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarlo en el tráfico económico según los términos previstos en esta ley (art. 90 LM).

El nombre comercial, al igual que la marca, es derecho 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, como se ha señalado, se concede por diez años prorrogables indefinidamente por períodos de la misma duración.

4.4.3. Los nombres de dominio

En la actualidad coexiste, junto con el mercado tradicional, el mercado en línea. En este mercado, los nombres de dominio constituyen elementos esenciales de la sociedad de la información, dado que identifican (localizan) la dirección de los ordenadores conectados a Internet y permiten la comunicación entre ellos, lo cual es totalmente necesario para el funcionamiento de la Red. Esta capacidad localizadora también los ha hecho aptos para cumplir funciones identificativas respecto de los operadores económicos titulares de una web, de su actividad y de sus productos o servicios.

El papel de los nombres de dominio ha experimentado una importante transformación, puesto que han pasado de ser simples instrumentos técnicos de localización a convertirse en elementos distintivos esenciales en Internet y, con esto, en piezas clave para la transparencia del comercio electrónico.

Cada ordenador en la Red está identificado con una dirección IP (dirección de protocolo de Internet), que normalmente se representa por medio de cuatro grupos de cifras, separados por puntos. Como el uso de esta numeración es difícil de memorizar, a cada dirección IP (y por lo tanto, a cada máquina) se le asigna un grupo de letras o nombre que sea más fácil de recordar (dirección

natural). El nombre de dominio constituye, pues, un instrumento técnico de localización de un ordenador. Tiene, en este sentido, un papel equiparable al de un número de teléfono, un número de fax o una dirección postal.

Las direcciones naturales consisten en una sucesión de caracteres separados por puntos. Cada uno de estos grupos de caracteres representa un nivel de dominio. Esta estructura se configura de derecha a izquierda, pudiendo distinguirse dominios de primero, de segundo y de tercero o ulterior nivel.

dominio de tercer nivel	dominio de segundo nivel	dominio de primer nivel
	.uoc	.edu

El dominio principal o de primer nivel figura a la derecha del nombre. Es el llamado TLD (*top level domain*). Estos dominios se componen de dos o tres letras y pueden ser genéricos o nacionales. Los TLD genéricos (gTLD) constituyen una abreviatura del nombre del sector específico en el que el titular del ordenador desarrolla su actividad (por ejemplo, .com –para empresas–, .net –para proveedores de servicios de red–, .org –para organizaciones institucionales–, .edu –para establecimientos de enseñanza–, etc.). También se conocen como "nombres de dominio de nivel internacionales" (iTLD) dado que no hacen referencia a ningún territorio concreto. Los TLD nacionales (*country code top level domain*, ccTLD) incluyen una referencia al territorio y se corresponden con el código de cada país, de acuerdo con la norma ISO 3166 (p. ej.: .es para España, it para Italia; .ch para Suiza; .jp para Japón, etc.). Actualmente, los nombres de dominio .es están regulados por la Ley 34/2002, y por la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ITC/1542/2005, de 19 de mayo, que aprueba el Plan nacional de nombres de dominio de Internet bajo el código de país correspondiente a España (.es). La entidad pública empresarial Red.es (<http://www.red.es>) es la autoridad de asignación que gestiona el registro de nombres de dominio .es (disp. adic. Sexta, Ley 11/1998). Los dominios registrados bajo el dominio .eu, correspondientes a la Unión Europea, están regulados por el Reglamento (CE) 733/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de abril del 2002, relativo a la aplicación del dominio de primer nivel .eu.

Situados a la izquierda del TLD están los dominios de segundo nivel (SLD). Este dominio constituye la parte esencial de la dirección electrónica. Dentro de cada uno de los dominios principales puede haber un número ilimitado de dominios de segundo nivel, que se eligen por los usuarios y que se tienen que registrar.

Los nombres de dominio de tercero o ulterior nivel están situados a la izquierda del dominio de segundo nivel. Se trata de subdominios que persiguen especificar más la localización del ordenador, y su registro no es necesario. Es habitual incorporar un dominio de tercero o ulterior nivel cuando se opera con el nombre de dominio de segundo nivel de un proveedor de alojamiento. El subnivel sirve aquí para distinguir a los diferentes clientes. Desde que se creó

el sistema de nombres de dominio, la atribución y gestión de los nombres de dominio correspondió a la Autoridad de Números Asignados de Internet (*Internet Assigned Numbers Authority*) (IANA). Esta función la ejerce actualmente a través de la Corporación de Asignación de Nombres y Números (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, ICANN: <http://www.icann.org/>).

4.5. Las invenciones

4.5.1. La patente

Tal y como hemos señalado, al igual que los signos distintivos, los derechos sobre las invenciones 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 regulación española se completa con el Reglamento de ejecución de la Ley de Patentes aprobado por Real decreto 2245/1986, de 10 de octubre.

La **patente** es un certificado, expedido por la OEPM, que concede a su titular el derecho de explotación en exclusiva 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 LP).

Tres son, por lo tanto, los requisitos de patentabilidad: novedad, actividad inventiva y aplicabilidad industrial. Una invención es **nueva** cuando no está comprendida en el estado de la técnica. El estado de la técnica está constituido por todo lo que antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente se ha hecho accesible al público en España o en el extranjero por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio (art. 6 LP). Se exige, por lo tanto, novedad a escala mundial. Una invención implica una **actividad inventiva** si aquélla no resulta del estado de la técnica de una manera evidente para un experto en la materia (art. 8 LP). Por último, una invención es susceptible de **aplicación industrial** cuando su objeto puede ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria, incluida la agrícola (art. 9 LP). La patente puede proteger tanto un producto, como un procedimiento.

La LP, de una parte, no considera invenciones: a) los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos; b) las obras literarias, artísticas o cualquier otra creación estética, así como las obras científicas; c) los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos o para actividades económico-comerciales, así como los programas de ordenadores, y d) las formas de presentar informaciones. Tampoco considera como invenciones los métodos de tratamiento quirúrgico o terapéutico del cuerpo humano o animal ni los métodos de diagnóstico aplicados al cuerpo humano o animal. Esta disposición no será aplicable a los productos, especialmente a las sustancias o composiciones, ni a las invenciones de aparatos o instrumentos para la puesta en

práctica de tales métodos (art. 4 LP). De otra parte, prohíbe que sean objeto de patente: a) las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a las buenas costumbres, sin poderse considerar como tal a la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria (y cita, en particular: los procedimientos de clonación de seres humanos, de modificación de la identidad genética germinal del ser humano, la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales, los procedimientos de modificación de la identidad genética de los animales que supongan para éstos sufrimientos sin utilidad médica o veterinaria sustancial para el hombre o el animal, y los animales resultantes de tales procedimientos); b) las variedades vegetales y las razas animales; c) los procedimientos esencialmente biológicos de obtención de vegetales o de animales; d) el cuerpo humano, en los diferentes estadios de su constitución y desarrollo, así como el simple descubrimiento de uno de sus elementos, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen (art. 5 LP).

La patente tiene una duración de veinte años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud, y produce sus efectos desde el día en que se publica la mención de que ha sido concedida (art. 49 LP).

La patente, en cuanto derecho de exclusiva, confiere a su titular un conjunto de facultades de exclusión o *ius prohibendi* que se recogen en el artículo 51 de la LP. Así, le corresponde el derecho a impedir a cualquier tercero que no cuente con su consentimiento:

a) la fabricación, el ofrecimiento, la introducción en el comercio o la utilización de un producto objeto de la patente o la importación o posesión del mismo para alguno de los fines mencionados;

b) la utilización de un procedimiento objeto de la patente o el ofrecimiento de dicha utilización, cuando el tercero sabe (o las circunstancias hacen evidente) que la utilización del procedimiento está prohibida sin el consentimiento del titular de la patente;

c) el ofrecimiento, la introducción en el comercio o la utilización del producto directamente obtenido por el procedimiento objeto de la patente, o la importación o posesión de dicho producto para alguno de los fines mencionados (art. 50 LP).

Asimismo, confiere a su titular el derecho a impedir que, sin su consentimiento, cualquier tercero entregue, u ofrezca entregar, medios para la puesta en práctica de la invención patentada relativos a un elemento esencial de la misma a personas no habilitadas para explotarla, cuando el tercero sabe, o las circunstancias hacen evidente, que tales medios son aptos para la puesta en práctica de la invención y están destinados a ella (art. 51 LP).

Frente a quienes lesionen su derecho, el titular de una patente puede ejercitar las acciones judiciales oportunas y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia (art. 62 LP).

El artículo 63 recoge las acciones civiles que, en especial, puede ejercitar el titular que haya visto lesionado su derecho de patente:

- a) la cesación de los actos que violen su derecho;
- b) la indemnización de los daños y perjuicios sufridos;
- c) el embargo de los objetos producidos o importados con violación de su derecho y de los medios principalmente destinados a tal producción o a la realización del procedimiento patentado;
- d) la atribución en propiedad de los objetos o medios embargados en virtud de lo dispuesto en el apartado anterior cuando sea posible, en cuyo caso se imputará el valor de los bienes afectados al importe de la indemnización de daños y perjuicios (si el valor mencionado excediera del importe de la indemnización concedida, el titular de la patente deberá compensar a la otra parte por el exceso);
- e) la adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación de la patente y, en particular, la transformación de los objetos o medios embargados en virtud de lo dispuesto en el punto c, o su destrucción cuando ello fuera indispensable para impedir la violación de la patente;
- f) la publicación de la sentencia condenatoria del infractor de la patente a costa del condenado, mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas (esta medida sólo será aplicable cuando la sentencia así lo aprecie expresamente).

4.5.2. El modelo de utilidad

El **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 (art. 143.1 LP).

Los requisitos de protección que se exigen para el modelo de utilidad son menos exigentes que los de la patente. Así, el estado de la técnica con referencia al que debe juzgarse la novedad y la actividad inventiva de las invenciones protegibles como modelo de utilidad está constituido por todo aquello que, antes de la fecha de presentación de la solicitud de protección como modelo, ha sido divulgado en España (art. 145.1 LP). Por otra parte, se considera que una invención implica una actividad inventiva si no resulta del estado de la técnica de una manera muy evidente para un experto en la materia (art. 146.1).

El certificado de protección del modelo de utilidad se expide normalmente para utensilios, instrumentos, herramientas, aparatos, dispositivos o partes de éstos (art. 143.2 LP).

4.6. La publicidad comercial privada

La publicidad comercial es la promoción que el empresario realiza de sus productos o servicios incitando a la adquisición o uso de los mismos. Tal publicidad se halla regulada por la Ley General de Publicidad, de 11 de noviembre

de 1988 (LGP). Esta ley también ha sufrido una importante modificación introducida 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 LGP señala expresamente que la publicidad se regirá por lo dispuesto en ella, por la Ley de Competencia Desleal y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias (art. 1), y la define, a efectos de su aplicación, en el artículo 2:

Es publicidad 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.

Se considera **ilícita**:

a) La publicidad que atente **contra la dignidad de la persona** o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución.

Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien asociando su imagen a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento y coadyuvando a generar la violencia a la que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

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**.

Es la publicidad percibida de manera inconsciente. La LGP la define como la que, mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, puede actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida (art. 4).

d) La que **infrinja lo dispuesto en la normativa** que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

El artículo 5 de la LGP dicta alguna norma complementaria al respecto. Así: a) la publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias, así como la de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio, o que trate de publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar, podrá ser regulada por sus normas especiales o sometida al régimen de autorización administrativa previa; dicho régimen podrá, asimismo, establecerse cuando la protección de los valores y derechos constitucionalmente reconocidos así lo requieran; b) los productos estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos, destinados al consumo de personas y animales, solamente podrán ser objeto de publicidad en los casos, formas y condiciones establecidos en las normas especiales que los regulen; c) se prohíbe la publicidad de bebidas con graduación alcohólica superior a veinte grados centesimales por medio de la televisión. Y queda prohibida la publicidad de bebidas alcohólicas en aquellos lugares donde esté prohibida su venta o consumo.

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 (art. 3 LGP).

El artículo 6 bis de la LGP define la publicidad comparativa como la que alude explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él. Y permite la comparación cuando se cumpla lo siguiente:

- a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades.
- b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las que se podrá incluir el precio.
- c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación.
- d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.
- e) Si la comparación hace referencia a una oferta especial, se indicará su fecha de inicio (si no hubiera comenzado aún) y la de su terminación.
- f) No podrá sacarse una ventaja indebida de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, ni de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas, denominaciones específicas o especialidades tradicionales garantizadas que amparen productos competidores. Tampoco podrá sacarse una ventaja indebida, en su caso, del método de producción ecológica de los productos competidores.

Frente a la publicidad ilícita son ejercitables las mismas acciones que las previstas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por la LCD (art. 6 LGP).

4.7. La publicidad legal: el Registro Mercantil

En cuanto a la publicidad legal, es la que se produce por medio del Registro Mercantil. Todos los empresarios sociales están obligados a inscribirse en el Registro Mercantil, de forma que cualquier interesado pueda conocer su capital y objeto social, las personas que representan a la sociedad, el estado de sus cuentas anuales, etc. Así se asegura una mayor transparencia en el mercado

que no redunda sino en beneficio de los demás actuantes en el mismo, que conocen así el estado financiero del empresario y las características de su actividad.

Es muy común, por ejemplo, que antes de servir un pedido de material de una empresa a la que no se conoce, se compruebe si está inscrita, si la persona que pidió el material es su legítimo representante, si ha presentado las cuentas todos los años y cuál es su situación financiera y su solvencia, etc. De esta forma, cada empresario hace públicos ciertos datos esenciales.

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 empresarios; el nombramiento de expertos y auditores de cuentas, y el depósito y publicidad de los documentos contables. También se ocupa de la centralización y publicación de la información registral y de la información de resoluciones concursales (función que se lleva a cabo por el Registro Mercantil Central).

El Registro Mercantil se integra por los Registros Mercantiles Territoriales y el Registro Mercantil Central.

El Registro Mercantil es un instrumento de publicidad para la seguridad del tráfico jurídico-mercantil. Como oficina pública, está en todas las capitales de provincia y otras ciudades previstas reglamentariamente, y se encargan de él uno o varios registradores mercantiles, que dependen de la dirección general de los registros y del notario que, a su vez, depende del Ministerio de Justicia. También puede ser considerado como el conjunto de libros que se conservan bajo la responsabilidad del registrador. Para facilitar la información, existe un *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (BORME), donde se publica un extracto de todas las inscripciones realizadas en el Registro. Además, el Registro Mercantil es público, de forma que todas las personas interesadas pueden pedir los datos que figuran en él.

Pero, aparte de dar publicidad acerca de los empresarios, el Registro Mercantil cumple otra función fundamental que beneficia, precisamente, a quien publica datos. Esta función establece que lo inscrito en el Registro y publicado en el BORME es oponible a todo tercero, aunque no lo conociera (art. 21 CdeC y 9 RRM). Es el llamado "**principio de oponibilidad**" o "principio de publicidad material". De esta forma, el Registro sirve para que el empresario pueda mostrar ciertos datos acerca de su actividad empresarial.

Ejemplo

La sociedad anónima RUIZ, S. A. ha revocado a su administrador, Federico Jartón. Si inscribe tal revocación, desde que ésta se publique en el BORME, todo tercero puede conocer que el sr. Jartón ya no representa a esa sociedad. Si éste hace algún contrato, en nombre de la sociedad, con un proveedor habitual de la misma, que no conocía de la revocación, y tal contrato es posterior a la publicación en el BORME, la sociedad no tendrá por qué cumplir el contrato, ya que podrá oponer al tercero que el administrador tenía

Registro Mercantil

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.

RRM

El Reglamento del Registro Mercantil está aprobado por el Real decreto 1784/1996, de 19 de julio.

revocado el poder. Si, en cambio, el contrato fue anterior a la publicación, la sociedad no tendrá más remedio que cumplirlo, pues no puede oponer al tercero lo no publicado.

La oponibilidad opera, por tanto, no desde la inscripción, sino, como regla general, desde la publicación en el BORME. De todas formas, aun antes de que esté publicado, el hecho se puede oponer a un tercero que lo conociera; aunque (este es el problema) habría que probar que ese tercero lo conocía.

Además del principio de oponibilidad, existen otros principios característicos del Registro Mercantil:

a) obligatoriedad de la inscripción (ésta tendrá carácter obligatorio, salvo en los casos en los que expresamente se disponga lo contrario; arts. 4 RRM y 19 CdeC);

b) titulación pública (la inscripción se practica en virtud de documento público, salvo que se disponga lo contrario por ley o por el propio RRM; arts. 5 RRM y 18.1 CdeC);

c) legalidad (los registradores califican bajo su responsabilidad la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción y la capacidad y legitimación de los que otorguen los artículos 6 RRM y 18.2 CdeC);

d) legitimación (el contenido del Registro se presume exacto y válido, salvo prueba en contrario; arts. 7 RRM y 20 CdeC);

e) fe pública (la declaración de inexactitud o nulidad de los asientos del Registro Mercantil no perjudica los derechos de terceros de buena fe; art. 8 RRM);

f) prioridad (inscrito cualquier título, no puede inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que resulte incompatible con él; art. 10 RRM);

g) tracto sucesivo (para inscribir actos o contratos relativos a un sujeto inscribible, será precisa la previa inscripción del sujeto; para inscribir actos o contratos modificativos o extintivos de otros otorgados con anterioridad, será precisa la previa inscripción de éstos, y para inscribir actos o contratos otorgados por apoderados o administradores, será precisa la previa inscripción de éstos; art. 11 RRM) y

h) publicidad formal (el Registro Mercantil es público y corresponde al registrador mercantil el tratamiento profesional del contenido de los asientos registrales, de modo que se haga efectiva su publicidad directa y se garantice, al mismo tiempo, la imposibilidad de su manipulación o televaciado; la publicidad se realizará mediante certificación o por medio de nota informativa, y los registradores mercantiles calificarán, bajo su responsabilidad, el cumplimiento de las normas vigentes en las solicitudes de publicidad en masa o que afecten a los datos personales reseñados en los asientos; arts. 12 RRM y 23 CdeC).

Antecedente

El antecedente histórico del Registro Mercantil es la matrícula de las corporaciones de comerciantes de la Edad Media.

5. La sociedad de la información

Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), y en especial Internet, además de facilitar el acceso a las producciones jurídicas (boletines legislativos, bases de datos de doctrina y jurisprudencia), actualizan y dinamizan las instituciones jurídicas y, en especial, las mercantiles.

Ahora bien, el uso de las TIC también supone la aparición de problemas jurídicos nuevos a los que ha de darse una solución. Estos problemas derivan principalmente de la desaparición del soporte material de los documentos (papel) y de la correlativa imposibilidad de incorporar la firma manuscrita. Dentro del ámbito del derecho mercantil, interesa especialmente el estudio de los aspectos relacionados con el comercio electrónico y los remedios a la incertidumbre que genera el empleo de la Red en las transacciones electrónicas. De ello se ocupan diferentes normas, de las que destacan dos en el derecho español, que son la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (LFE) y la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSICE).

5.1. Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica

Cuando el comercio se realiza por medios electrónicos, especialmente por medio de una red global y abierta como Internet, es necesario que jurídicamente quede asegurado:

- a) que el mensaje proviene de la persona que se dice que lo envía (**autenticación** o **autoría**);
- b) que el mensaje no ha sido manipulado (**integridad**);
- c) que la persona que lo envía no pueda negar haber enviado el mensaje, ni la persona destinataria pueda negar haberlo recibido (**no repudio**);
- d) que, en su caso, el mensaje sea **confidencial**.

Pues bien, el cumplimiento de estas exigencias jurídicas de autenticación, integridad, no-repudiación y confidencialidad se puede conseguir mediante diferentes aplicaciones técnicas. Entre estos sistemas, se encuentra también la *firma electrónica o digital*, que está basada en la criptografía asimétrica. 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 de Firma Electrónica**.

Enlace recomendado

Podéis consultar los prestadores de servicios de certificación de Firma Electrónica en: <https://sedeaplicaciones2.minetur.gob.es/prestadores/>

Identificación electrónica

Técnicamente, existen varios medios de identificación electrónica: desde los sistemas más simples, como el *password* o palabra clave, hasta los más complejos, basados en técnicas biométricas (lectura del iris, huella digital, etc.).

La denominada por la LFE **firma electrónica reconocida** equivale a la firma manuscrita, dado que permite autenticar y preservar la integridad de las transacciones y documentos (además de conseguir el no-rechazo en origen). Para ello, y dado que el sistema de firmas electrónicas está basado en claves públicas o datos de firma, resulta indispensable la intervención de las autoridades de certificación (**prestadores de servicios de certificación**) que emiten **certificados** que permiten asociar de forma segura la identidad de una persona concreta con una determinada clave pública.

La LFE regula también el **documento electrónico**, que es la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico, según un formato determinado, y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado. Atendiendo a la misma naturaleza que los manuscritos, los clasifica en **públicos**, **administrativos** (firmados electrónicamente por funcionarios que tienen la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, o por funcionarios o empleados públicos, siempre en el ejercicio de sus funciones) y **privados**. Estos documentos tienen el mismo valor y eficacia jurídica que los documentos manuscritos y sirven de prueba documental en juicio.

DNI electrónico

El documento nacional de identidad electrónico, que también regula la LFE, es el documento nacional de identidad que acredita electrónicamente la identidad personal de su titular y permite la firma electrónica de documentos (art. 15 LFE).

5.2. La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico

La LSSICE ha comportado una nueva regulación global de la contratación electrónica. El objeto de esta ley es establecer el régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios (incluidos los que actúen como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones), las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información (art. 1 LSSICE).

Son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet.

En el anexo de definiciones, la LSSICE incluye la definición de:

Servicios de la sociedad de la información (SSI): todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.

En este concepto se incluyen también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios. Son SSI, entre otros y siempre que representen una **actividad económica:**

- 1) la contratación de bienes o servicios por vía electrónica;
- 2) la organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales;
- 3) la gestión de compras en la Red por grupos de personas;
- 4) el envío de comunicaciones comerciales;
- 5) el suministro de información por vía telemática (por ejemplo, lo que hacen los diarios o las revistas que se pueden encontrar en la Red).

No tendrán la consideración de SSI, en particular, los siguientes: los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex; el intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan; los servicios de radiodifusión televisiva (incluidos los servicios de cuasivídeo a la carta, los servicios de radiodifusión sonora y el teletexto televisivo y otros servicios equivalentes, como las guías electrónicas de programas ofrecidas en las plataformas televisivas).

Como se observa, la ley recoge un concepto amplio de **servicios de la sociedad de la información**. 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.

El Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo

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).

La regulación sustantiva de la LSSICE, en lo relativo a la prestación de servicios de la sociedad de la información, es bastante reducida. Así, se establece el **principio de libre prestación de los servicios** y los límites de esta libertad (la salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional; la protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores; el respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y la protección de la juventud y de la infancia). Se fija una serie de obligaciones generales de los prestadores de SSI en materias como la información que han de suministrar de sí mismos o los deberes de colaboración con las autoridades. Se regula de manera somera las comunicaciones comerciales y el comercio electrónico. Se establecen importantes exenciones de responsabilidad en la prestación de servicios de intermediación por los contenidos de terceros. Finalmente, se prevé el régimen sancionador por incumplimiento de las obligaciones legales. Es importante destacar que la LSSICE excluye expresamente de su ámbito de aplicación los servicios prestados por notarios y registradores de la propiedad y mercantiles en el ejercicio de sus funciones públicas, y los prestados por los abogados y procuradores en el ejercicio de sus funciones de representación y defensa en juicio (art. 5.1).

Las **comunicaciones comerciales**, o mensajes publicitarios, a diferencia de los "buzoneos" postales, pueden ser enviadas a miles de destinatarios por correo electrónico con un coste irrisorio. No obstante, el abuso en el envío de correos electrónicos no solicitados (*spam*) ha hecho necesario establecer límites legales. De acuerdo con el artículo 19 LSSICE, se les aplica la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, y su normativa de desarrollo, "en especial, en lo que se refiere a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales".

En un principio, la LSSICE prohibió el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otros medios de comunicación electrónica equivalentes si previamente no habían sido solicitadas o expresamente autorizadas por sus destinatarios. Posteriormente, como consecuencia de la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio del 2002, sobre el tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas), se modificó esta regulación por la DF primera de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

La LSSICE prohíbe el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales, tanto a personas físicas como jurídicas, por correo electrónico u otro medio de comunicación equivalente que previamente no hayan sido solicitadas o expresamente autorizadas por sus destinatarios (consentimiento que puede revocarse en cualquier momento). No obstante, no se aplica esta prohibición cuando exista una relación contractual previa entre el remitente y el destinatario, siempre que el prestador haya obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario; que los emplee para el envío de comunicaciones comerciales referentes a servicios o productos de su propia empresa; que sean

similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente, y, en todo caso, que ofrezca al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con finalidades promocionales (art. 21.2). Estas comunicaciones habrán de reunir, además, una serie de condiciones (ser claramente identificables como tales e identificar claramente a la persona física o jurídica en nombre de la que se realizan; cuando se trate de comunicaciones hechas por correo electrónico, o por otro medio de comunicación equivalente, deben incluir al principio del mensaje la palabra *publicidad* o la abreviatura *publio*, y si se trata de ofertas promocionales y de concursos y juegos promocionales, las condiciones de acceso y, en su caso, de participación tendrán que expresarse de manera clara e inequívoca (art. 20).

En lo relativo al **comercio electrónico**, suele hacerse una distinción entre comercio electrónico **directo**, que es el que permite que el producto o servicio se pueda contratar pagar y recibir en la Red (lo cual es posible para productos intangibles y para prestación de servicios en la Red, como por ejemplo, la venta de una pieza de música, de un libro electrónico, de un programa informático), y el comercio electrónico **indirecto**, en el que la contratación se realiza por medios electrónicos y el cumplimiento de las prestaciones por las vías tradicionales (la compra de ropa, la compra en línea en supermercados etc.). Para el estudio del régimen jurídico de la contratación electrónica, nos remitimos al módulo 3.

Reformas de la LSSICE

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); **d)** 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) y **e)** por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

Resumen

La competencia libre y leal y la transparencia son los presupuestos para que exista el mercado. La Constitución proclama el principio de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. El contenido esencial de esta libertad se concreta en la libre entrada, ejercicio y salida del mercado, en la libre competencia entre los operadores económicos, y en el libre juego de la oferta y la demanda. La competencia, además de libre, ha de ser leal, esto es, debe corresponderse con las exigencias de la buena fe.

La información de los operadores económicos, facilitada por su fácil identificación por medio de los signos distintivos, por la posibilidad de conocimiento de las reglas de su actividad en el Registro Mercantil y por la promoción de los productos y servicios adecuada a derecho, constituye el segundo requisito para poder hablar de mercado.

El empresario es la persona física o jurídica que desarrolla una actividad de intermediación en el mercado de bienes y servicios. Junto a los empresarios en la concepción clásica del Código de comercio (comerciante individual y sociedades mercantiles), existen otros operadores económicos que intervienen en el mercado y a los que resulta oportuno aplicar la normativa reguladora de éste.

El desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), y en especial Internet, ha hecho preciso regular la firma electrónica y otros aspectos de los servicios de la sociedad de la información para lograr la seguridad de las transacciones comerciales realizadas por vía electrónica.

Ejercicios de autoevaluación

D. José Pérez, empresario individual dedicado a la venta de muebles de oficina, ha inventado un sillón de masaje que incorpora una técnica cuyo resultado es muy similar al quiromasaje humano. Está casado en régimen de gananciales con Elvira Luengo. Con estos datos, contesta las siguientes preguntas.

1. D. José Pérez...

- a) debe estar inscrito en el Registro Mercantil para desarrollar la actividad de venta de muebles.
- b) debe llevar los libros de contabilidad propios del empresario.
- c) Ambas son verdaderas.

2. Si D. José Pérez quiere comercializar en exclusiva su invención...

- a) debe obtener una patente.
- b) debe obtener una marca.
- c) Ambas son verdaderas.

3. Si D. José Pérez obtiene la concesión de la marca Quirosix...

- a) podrá impedir que los terceros utilicen una marca igual o similar a Quirosix para sillones.
- b) podrá impedir que los terceros utilicen una marca igual o similar a Quirosix para pantalones.
- c) Ambas son verdaderas.

4. Si D. José Pérez obtiene la marca Quirosix para su sillón, pero no solicita la patente...

- a) podrá impedir que los terceros fabriquen un sillón con las mismas características.
- b) podrá impedir que los terceros utilicen una marca igual para pinturas al óleo.
- c) Ambas son falsas.

5. Si D. José Pérez obtiene la patente para proteger su invención...

- a) podrá impedir que los terceros fabriquen sillones.
- b) su derecho tendrá una duración de 20 años.
- c) Ambas son verdaderas.

6. D. José Pérez debe a Ofitex S. L., proveedor de mesas de oficinas, 5.000 euros, y no hay constancia registral de ninguna limitación de responsabilidad de los bienes comunes por parte de Elvira Luengo; del pago de esa cantidad responderá...

- a) un terreno comprado con ganancias por la venta de muebles de oficina.
- b) un piso que Elvira Luengo heredó de su tía.
- c) Ambas son verdaderas.

7. Si D. José Pérez escribiera a sus clientes diciendo que sus muebles son los únicos fabricados con maderas recicladas y ello fuera falso al recomendar, a la vez, el boicot a los demás vendedores de la zona, tal actuación...

- a) sería una práctica colusoria.
- b) sería un acto de competencia desleal.
- c) Ambas son verdaderas.

8. Si D. José Pérez se pusiera de acuerdo con los vendedores de la zona para fijar un precio de venta a las mesas de oficina, por debajo del cual no venderían, tal actuación...

- a) sería una práctica colusoria.
- b) sería un acto de competencia desleal.
- c) Ambas son verdaderas.

9. Si D. José Pérez no se inscribe en el Registro Mercantil...

- a) no será comerciante.
- b) no podrá Elvira Luengo limitar la responsabilidad de los bienes comunes.
- c) Ambas son verdaderas.

10. La publicidad comparativa...

- a) es siempre ilícita.
- b) no está regulada en la Ley General de Publicidad.
- c) Ambas son falsas.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. **b**
2. **a**
3. **a**
4. **c**
5. **b**
6. **a**
7. **b**
8. **a**
9. **b** Es el principio de tracto sucesivo.
10. **c** Está permitida si se cumplen los requisitos del artículo 6 bis LGP.

Glosario

consumidores o usuarios *m pl* Personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

documento electrónico *m* Información de cualquier naturaleza, en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.

empresa *f* Actividad que realiza el empresario, caracterizada por ser planificada y estar dirigida a la intermediación de bienes o servicios en el mercado.

empresario *m* 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.

firma electrónica reconocida *f* Firma electrónica que equivale a la firma manuscrita, dado que permite autenticar y preservar la integridad de las transacciones y documentos (además de conseguir el no-rechazo en origen).

marca *f* Signo susceptible de representación gráfica que sirve para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras.

mercado *m* 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. Al mismo tiempo, esta actividad contractual es la que posibilita el intercambio de bienes y servicios.

modelo de utilidad *m* 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.

nombre comercial *m* 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.

patente *f* Certificado expedido por la OEPM que concede a su titular el derecho de explotación en exclusiva de una invención de aplicación industrial durante veinte años improrrogables.

prácticas colusorias *f pl* Cualquier acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado.

publicidad *f* 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.

Registro Mercantil *m* Oficina pública que está en todas las capitales de provincia y otras ciudades previstas reglamentariamente, cuyo objeto es inscribir los actos y los contratos relativos a los empresarios y otros sujetos inscribibles, legalizar los libros de los empresarios, el nombramiento de expertos y auditores de cuentas y el depósito y publicidad de los documentos contables. Además, se ocupa de la centralización y publicación de la información registral y de la información de resoluciones concursales (por medio del Registro Mercantil Central). También puede ser considerado como el conjunto de libros que se conservan bajo la responsabilidad del registrador mercantil.

servicios de la sociedad de la información *m pl* Todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.

tráfico económico *m* Conjunto de actividades de producción y comercialización de bienes y servicios en el mercado.

Bibliografía

Bibliografía básica

Cuesta Rute, J. M. de la (dir.); **Valpuesta Gastaminza, E.; Torrubia Chalmeta, B.; Llorente Gómez de Segura, C.** (coord.) (2011). *Derecho mercantil I*. Barcelona: Huygens.

Cuesta Rute, J. M. de la (dir.); **Valpuesta Gastaminza, E.; Torrubia Chalmeta, B.; Llorente Gómez de Segura, C.** (coord.) (2012). *Derecho mercantil II*. Barcelona: Huygens.

Bibliografía complementaria

Broseta Pont, M. (2011). *Manual de derecho mercantil* (Ed. a cargo de F. Martínez Sanz, vol. I). Madrid: Tecnos.

Jiménez Sánchez, G. (coord.) (2011). *Derecho mercantil* (vol. I). Barcelona: Ariel.

Menéndez, A. (dir.); (2011). *Lecciones de derecho mercantil*. Madrid: Civitas.

Peguera Poch, M. (2007). *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*. Madrid: Comares.

Sánchez Calero, F.; Sánchez-Calero Guilarte, J. (2011). *Instituciones de derecho mercantil* (vol. I). Madrid: Aranzadi.

Uría, R. (2000). *Derecho mercantil* (27a. ed.). Madrid/Barcelona: Marcial Pons.

Uría, R.; Menéndez, A. (dir.) (2011). *Curso de Derecho Mercantil* (vol. I). Madrid: Civitas.

